STUDI E DOCUMENTI

DI

STORIA E DIRITTO

PUBBLICAZIONE PERIODICA
DELL'ACCADEMIA DI CONFERENZE STORICO-GIURIDICHE

ANNO XXIII — Fascicoli 3°-4°
(Luglio-Decembre 1902)

ROMA
TIPOGRAFIA POLIGLOTTA
DELLA S. C. DE PROP. FIDE
1902

LA REVOCA DEGLI ATTI FRAUDOLENTI.

Capitolo X.

DEI VARII ATTI FRAUDOLENTI

1. L'azione revocatoria non si applica alle omissioni di acquisti. Tali sono anche la rinuncia al legato e l'astensione dell'heres suus. La l. 69 (67) § 2 D. 36. 1 è interpolata. — 2. Si confutano le critiche mosse al principio suenunciato, e si dimostra come sia possibile giustificarlo. — 3. Atti fraudolenti menzionati nelle fonti. — 4. Della revoca della dote. *a*) La costituzione di dote non è pel marito una causa lucrativa d'acquisto, e perciò egli non è soggetto alla revoca, se sia ignaro della frode. *b*) Invece l'acquisto che fa la moglie è gratuito. *c*) Si dimostra l'interpolazione della l. 25 § 1 D. h. t. *d*) Si difende l'esattezza della lezione fiorentina della l. 14 D. h. t., e si mette in chiaro una divergenza fra i giureconsulti classici intorno alla questione se per agire contro la moglie fosse necessaria la scientia fraudis almeno da parte del marito. *e*) Nessuno dubitò che la donna fosse tenuta anche se ignara della frode. In che consistesse l'utilità pratica del principio che ammetteva la revoca contro la moglie « nesciens fraudis » solo a condizione che fosse « sciens » il marito. *f*) Nel diritto giustinianeo deve accogliersi il principio che non ritiene necessaria la scienza del marito. *g*) Nel diritto classico la donna non poteva esser convenuta che dopo lo scioglimento del matrimonio, ed era obbligata a cedere l'actio rei uxoriae; nel diritto giustinianeo poteva esser convenuta anche durante il matrimonio, ed in questo caso doveva promettere « quod consecuta fuerit se restituturam ». *h*) Un mutamento analogo si è verificato nell'estensione della responsabilità del pater familias della moglie. Interpolazione della l. 25 § 2 D. h. t. *i*) È giusto che anche il pater familias, cui è talvolta dovuta la restituzione della dote, sia soggetto alla revoca, ma è inesplicabile perchè la l. 25 § 2 cit. richieda da parte sua la scienza. — 5. Della revoca delle obbligazioni. *a*) Si dimostra la contraddizione tra la l. 3 pr. D. h. t. e la l. 1 § 2 D. 42. 6, e si espongono le ragioni di forma e di sostanza che portano ad escludere la genuinità della l. 3 pr. cit. *b*) Con la fabiana si ottiene anche la revoca delle obbligazioni, ma ciò dipende dalla natura del diritto che essa tutela. *c*) Alle obbligazioni assunte dal decotto provvede l'editto contenuto nella l. 25 D. 42. 5, il quale nega ai creditori l'azione contro il bonorum emptor. Questa disposizione non poteva coesistere con un'altra che avesse ammesso la revoca delle obbligazioni. *d*) La l. 1 § 2 D. h. t., ancorchè si riferisse alle obbligazioni, non proverebbe che esse fossero revocabili nel diritto classico, perchè è interpolata; la l. 6 § 9 D. eod. è genuina, ma non si occupa della nostra questione. *e*) L'editto della l. 25 cit. non poteva applicarsi al caso dell'accettazione di un'eredità oberata. *f*) È probabile che Triboniano non abbia inteso di accordare l'azione revocatoria contro le obbligazioni fraudolente, ma soltanto il diritto di escludere dal concorso i creditori, cui potesse opporsi l'exceptio fraudatorum creditorum. — 6. Della revoca dei pagamenti di debiti civili scaduti. *a*) La l. 6 § 6 D. h. t. ne afferma l'irrevocabilità. Essa non si riferisce al pagamento fatto dal decotto, bensì a quello da lui ricevuto. Si dimostra che è interpolata. *b*) L'irrevocabilità pel diritto classico dei pagamenti compiuti prima della missio in bona è provata anche dalle ll. 6 § 7

e 10 § 16 D. h. t. *c*) Lo stesso principio si ricava anche dalla l. 24 D. eod., che è parzialmente interpolata. Scevola dissentiva da Giuliano, il quale distingueva nella l. 6 § 2 D. 42. 5 secondo che il pagamento era o no avvenuto per la « gratificatio tutoris ». *d*) All'ipotesi che il pagamento sia stato compiuto dal pupillo prima di astenersi dall'eredità paterna, debbono applicarsi gli stessi principii che valgono per il pagamento fatto da qualsiasi altro debitore. Perciò anche le ll. 6 § 2 D. 42. 5 e 31 D. 4. 4, oltre la l. 24 D. h. t., servono a provare l'irrevocabilità dei pagamenti. *e*) Un'ultima prova si ricava dalla l. 25 § 1 D. h. t. *f*) Esame della l. 96 pr. D. 46. 3. — 7. Triboniano ha sottoposto alla revoca i pagamenti di debiti civili scaduti. Si dimostra l'interpolazione delle ll. 61 D. 12. 6, 3 pr. D. h. t. e 25 § 3 D. eod.; si determina il significato che la l. 6 §§ 6-7 e la prima parte della l. 24 D. h. t. hanno assunto nella compilazione giustinianea; infine si spiega perchè Triboniano potè tralasciare d'interpolare la l. 10 § 16, la seconda parte della l. 24, e la l. 25 § 1 D. h. t. Il brano, che si legge nei Bas. IX 8. 25 e che manca al testo fiorentino, non appartiene al giureconsulto classico. — 8. Del fondamento della irrevocabilità dei pagamenti. Quale valore abbia il motivo addotto da Giuliano e Scevola. Come debba intendersi la teoria giulianea della gratificatio. Il motivo esposto da Labeone non è sostanzialmente diverso da quello di Giuliano e Scevola. Si confutano le opinioni secondo le quali il pagamento sarebbe irrevocabile, perchè non diminuisce il patrimonio, o perchè il creditore soddisfatto non può essere in dolo, o perchè non può esistere il consilium fraudis da parte del debitore; e si cerca la vera ragione del principio classico. — 9. Il pagamento anticipato è nel diritto classico revocabile solo limitatamente all'interusurium. Confutazione dell'opinione contraria. In diritto giustinianeo esso è soggetto alla revoca, non altrimenti che il pagamento di un debito scaduto. — 10. Che cosa si debba ritenere circa il pagamento di un'obbligazione condizionale. — 11. Nel diritto classico non è revocabile il pagamento di un'obbligazione naturale; lo è invece nel diritto giustinianeo. — 12. La questione se la datio in solutum fosse revocabile non è risoluta nelle fonti. Si confutano gli argomenti addotti dagli scrittori in favore della revocabilità della d. i. s., e si dimostra che ad essa sono applicabili gli stessi principii che valgono per il pagamento. Come debba regolarsi il caso che la prestazione data in solutum abbia un valore superiore alla prestazione dovuta. Per la revoca della d. i. s. nel diritto giustinianeo è necessaria la scientia fraudis del creditore soddisfatto. — 13. Esame degli argomenti addotti in sostegno della teoria che ammette la revoca del pegno e di quella che la nega. Critica delle interpretazioni dei testi. La l. 13 D. h. t. è genuina ed enuncia il principio che il pegno è soggetto alla revoca. Giustiniano ha accolto il principio opposto ed ha conseguentemente interpolato le ll. 22, 10 § 13 e 6 § 6 D. h. t.; la l. 2 D. eod. si riferisce ad un altro caso. Per la revoca del pegno si richiede la scientia fraudis del creditore. Quid iuris se il debito garantito dal pegno sia sottoposto a condizione, o semplicemente naturale.

1. — In quest'ultimo capitolo noi dobbiamo considerare alcuni atti del fraudator, di cui si discute se e in quali condizioni siano revocabili.

Prima però di intraprendere questo esame, è necessario che noi, completando ciò che abbiamo esposto nel cap. II, riaffermiamo il principio, che per farsi luogo alla revoca l'atto deve avere il requisito essenziale di produrre una diminuzione del

patrimonio. Non c'è dubbio infatti che i mezzi revocatorii si applicano soltanto a quegli atti che cagionano l'impoverimento del debitore. Invece le omissioni di acquisti sono escluse dalla revoca, come provano le ll. 6 pr. D. h. t. [1], 28 pr. D. 50. 16 [2], 134 pr. D. 50. 17 [3], e conferma riguardo al liberto la l. 1 § 6 D. 38. 5 [4]. Pertanto il debitore è libero di non adempire una condizione dalla quale dipende una stipulazione a suo favore [5], di ripudiare un'eredità legittima o testamentaria [6], di rinunciare

[1] Ulpianus l. 66 ad edictum: « Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur ».

[2] Paulus l. 21 ad edictum: « .... Qui occasione adquirendi non utitur, non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur ».

[3] Ulpianus l. 21 ad edictum: « Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur ».

[4] Ulpianus l. 44 ad edictum: « Utrum autem ad ea sola revocanda Fabiana pertinet, quae quis libertus de bonis deminuit, an etiam ad ea, quae non adquisiit, videndum est. Et ait Iulianus libro vicensimo sexto digestorum, si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa vel legatum reppulerit, Fabianam cessare: quod mihi videtur verum. Quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est. In ceteris quoque liberalitatibus, quas non admisit is libertus cui quis donatum voluit, idem erit probandum Fabianam cessare: sufficit enim patrono, si nihil de suo in necem eius libertus alienavit, non si non adquisiit: proinde et si, cum sub condicione ei legatum esset, id egit, ne condicio existeret, vel, si sub condicione stipulatus fuerit, maluit deficere condicionem, dicendum est Fabianam cessare ».

Sostanzialmente non abbiamo nulla da osservare contro il caso menzionato con le parole « vel, si sub condicione stipulatus fuerit, maluit deficere condicionem » (cfr. infatti la l. 6 § 1 D. h. t. riferita nella nota seguente), ma ragioni di forma, che il lettore può rilevare da sè (« maluit deficere »? — altrove si dice « condicioni non paret » e in questo stesso passo « id egit ne condicio existeret »), ci fanno sospettare che esso sia stato inserito qui dai compilatori.

[5] l. 6 § 1 D. h. t. Ulpianus l. 66 ad edictum: « Unde si quis ideo condicioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea condicione est, ne faciat huic edicto locum ».

[6] l. 6 § 2. 3. 5 D. h. t. Ulpianus l. 66 ad edictum: (§ 2) « Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit ».

(§ 3) « Simili modo dicendum est et si filium suum emancipavit, ut suo arbitrio adeat hereditatem, cessare hoc edictum ».

(§ 5) « Si servum suum heredem institutum alienavit, ut iussu emptoris adeat, (*si quidem in venditione nulla fraus est, sed in hereditate sit* Trib.) cessat edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem: at si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur, quemadmodum si eum in fraudem manumisisset ».

L'interpolazione della frase chiusa tra parentesi ci pare indiscutibile, sia perchè Ulpiano prima e dopo di essa parla di « alienatio », e non di « venditio » del servo, sia perchè frode potrà esserci nella rinuncia all'eredità, ma non « in hereditate ». La decisione data dal § 5 è del resto correttissima, e non crediamo quindi fondati i dubbi del Ferrini p. 36. — Il caso dell'eredità è anche contemplato nelle ll. 28 pr. D. 50. 16 e 1 § 6 D. 38. 5 citt.

a un legato[1], e in generale di rifiutare una liberalità che gli fosse offerta[2].

Anche la l. 69 (67) §§ 1-2 D. 36. 1 di Valente concerne l'ipotesi dell' eredità deferita al fraudator; ma essa ha bisogno di qualche dilucidazione[3], perchè, sebbene non offra difficoltà serie, tuttavia non sempre è stata intesa rettamente. Avuto riguardo ai testi che abbiamo ora ricordati, non si dubita della verità del principio enunciato nel § 1[4], che il debitore, il quale non voglia adire l' eredità, può liberamente « tali commodo fraudare » i suoi creditori. Piuttosto è da vedere in che consista il « commodum » d' un' eredità che si dice « suspecta ». Vuolsi ritenere che a torto l' erede fiduciario la reputasse tale, e che, essendo egli insolvente, i suoi creditori scorgessero nella sua condotta, non giustificata dal vero stato delle cose, il proposito di frodarli, perdendo la quarta pegasiana, che avrebbe invece lucrata, se avesse adito spontaneamente l' eredità. Ma, fosse pur questa l' intenzione dell' erede, invano i creditori di lui pretenderebbero di agire con l' interdictum fraudatorium contro il fedecommissario[5] al quale è stata restituita l' eredità, perchè il debitore è pienamente libero di non accettare un' eredità anche non fedecommissaria (« et remoto fideicommisso »), e, trattandosi, come nel caso, di un fedecommesso, può essere costretto a fare l' adi-

[1] l. 6 § 4 D. h. t. ULPIANUS l. 66 ad edictum: « Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Julianus quoque scribit ». Cfr. anche le ll. 28 pr. D. 50. 16 e 1 § 6 D. 38. 5 citt.

[2] Cfr. l. 1 § 6 D. 38. 5 cit. « In ceteris quoque liberalitatibus, quas non admisit is libertus cui quis donatum voluit, idem erit probandum Fabianam cessare ». Forse il periodo è interpolato; la forma infatti offre parecchie mende: le « ceterae liberalitates » non accettate (« admisit » ?) dal liberto si ridurrebbero, a quel che pare, alla donazione (« cui quis donatum voluit »), e nella proposizione « idem erit probandum Fabianam cessare » v'è certamente qualcosa di superfluo, o « idem » o « Fabianam cessare ».

[3] Cfr. su di essa specialmente HUSCHKE XIV p. 84 sgg.; SERAFINI I p. 29 sgg.

[4] VALENS l. 3 fideicommissorum: « Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis et restitues mihi, quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem creditores tuos tali commodo fraudare, et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te ut adires non potuerint ».

[5] Contro il fiduciario l' interdetto non può promuoversi perchè esso non compete contro il fraudator. Nondimeno questo passo, poichè il discorso è diretto al fiduciario, (« citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem... adibis et restitues »), ha fatto credere altrimenti al WINDSCHEID II § 463 n. 1 a. (Contra HUSCHKE XIV p. 100 sgg.).

zione dal pretore su richiesta del fedecommissario [1], ma non mai per volere dei suoi creditori.

Valente avrebbe potuto soggiungere anche un' altra considerazione a favore della sua tesi: che persino dopo che il debitore ha adito spontaneamente l' eredità, e si potrebbe quindi pensare che ormai la quarta è nel suo patrimonio e che rinunciandovi diminuisce l' ammontare di esso, tuttavia non gli è vietato di restituire al fedecommissario l' intero asse. Così decidono Papiniano e Callistrato nelle ll. 19 e 20 D. h. t. [2], perchè ritengono che in tal modo l' erede fiduciario adempia pienamente la « fides », ciò che è incompatibile con la frode [3].

Dubbio può essere il caso del suus che si astenga dall' eredità. Noi siamo convinti che neppur qua sia ammissibile la revoca, poichè l' heres suus che si astiene non diminuisce il suo patrimonio. Nè ci scuote l' obbiezione che questo è aumentato « ipso iure » per effetto dell' eredità, e che l' erede, astenendosi, non già eviterebbe un acquisto, ma farebbe una perdita, nell' ipotesi, beninteso, che l' eredità sia attiva. L' esempio del legato dimostra l' insussistenza dell' obbiezione. Anche per esso non è necessaria l' accettazione, ma, poichè l' onorato può rifiutarlo, l' acquisto, in definitiva, dipende dalla sua volontà [4]. Altrettanto

[1] Cfr. l. 69 (67) pr. cit. Ulp. XXV, 16.

[2] Papinianus l. 11 responsorum: « Patrem, qui non exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse ».

Callistratus l. 2 quaestionum: « Debitorem, qui ex senatus consulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere ».

Allo stesso caso risoluto da Papiniano si riferisce la l. 12 C. 6. 42 dell'imperatore Filippo.

[3] In fondo è il medesimo concetto che ispirò ai romani il principio, applicato in molti luoghi delle fonti (cf. Paulus IV, 3. 4; l. 9 § 5 D. 22. 6, l. 46 D. 35. 2, l. 20 § 1 D. 39. 5 [interpolata; cfr. Gradenwitz *Interpolat.* p. 49], l. 16 § 1 C. 6. 23, ll. 2 e 23 C. 6. 42, ll. 1, 9, 19 C. 6. 50), che l' erede, il quale scientemente soddisfa il fedecommesso (od anche il legato) totalmente o parzialmente nullo, intende eseguire coscienziosamente la volontà manifestata dal defunto.

[4] Infatti Ulpiano nella l. 1 § 6 D. 38. 5 cit. giustifica la liceità della rinuncia al legato in questi termini: « quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est ». L' atto del legatario ripudiante il legato non produce la perdita di un diritto già definitivamente acquisito al suo patrimonio, ma decide se egli abbia o no acquistato sin dal principio: l'acquisto certo e definitivo dipende dunque dalla sua volontà. — Tuttavia qualcuno considera il caso del legato come un'eccezione. Cfr. Otto p. 32 (contra Grützmann p. 22 n. 70).

accade rispetto all' eredità dell' heres suus et necessarius dopo che il pretore gli accordò il beneficium abstinendi. L' unica difficoltà a prima vista seria che si opponga a quella che noi crediamo la soluzione logica, vale a dire che non commette frode il suus che si astiene, deriva dal § 2[1] della l. 69 (67) cit. Il giureconsulto non esclude recisamente l' applicabilità dell' interdetto, « vix fraudatorio interdicto locus erit ». Ma il motivo che egli soggiunge non giustifica la sua esitanza. Il significato delle parole « quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint » è il seguente. I creditori del figlio non possono lamentarsi che il loro debitore abbia restituito l' eredità, cui affermava, senza che lo fosse, sospetta (« tamquam suspectam »), per decreto del pretore (ciò che fa perdere a lui, e conseguentemente ad essi, la quarta pegasiana), poichè il figlio è libero di non acquistare l' eredità (in quanto può astenersi), nel qual caso i beni ereditarii si vendono sotto il nome del padre e i creditori dell' erede astenuto non hanno su di essi alcun diritto. Il motivo fatto valere nel § 2 non è dunque sostanzialmente diverso da quello addotto nel § 1. In questo Valente aveva escluso l' applicazione dell' interdetto al caso della restituzione dell' eredità fedecommissaria, perchè l' erede, anche « remoto fideicommisso », avrebbe potuto non adire l' eredità; nel paragrafo successivo egli l' esclude invocando la stessa ragione, solo che, invece di dire semplicemente che anche « remoto fideicommisso » il suus ha la facoltà di astenersi, ci descrive, il che torna lo stesso, l' effetto che ha pei creditori la sua astensione.

Ma come il motivo, così anche la decisione del § 2 dovè coincidere con quella del § 1[2]. Perciò, rammentando pure che il « vix » non è altre volte dispiaciuto ai compilatori[3], noi sia-

[1] « Sed et filius suus heres patri rogatus sit a patre hereditatem mihi restituere, cum suorum creditorum fraudandorum consilium inisset, tamquam suspectam ex decreto praetoris restituerit mihi, vix fraudatorio interdicto locus erit, quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint: nisi forte proprii creditores filii audiri debeant, si postulent, ut dimissis patris eius bona eius vendere sibi permittatur ».

[2] Altrimenti i due paragrafi non sarebbero collegati mediante le congiunzioni « sed et » (*ma anche*).

[3] I quali non approvavano il principio classico contenuto nel frammento, come p. es. nella l. 7 § 5 D. 41. 1, in cui sono state interpolate le parole « sed vix est ut id

mo propensi a credere che questo avverbio sostituisca il « non » del testo originale. Certamente poi bisogna attribuire a Triboniano la proposizione cominciante per « nisi », la quale ognun vede quanto sia male appiccicata nel nostro frammento. Difficilmente, tale è il senso del passo, si farà luogo all' interdetto, tranne che per avventura non debbano essere ascoltati i creditori del figlio, se domandino che sia loro permesso, soddisfatti i creditori del padre, di venderne i beni. La forma è barocca, ed il pensiero lo è altrettanto. Che cosa ha mai che vedere con la applicabilità o meno dell' interdetto, su cui si discuteva, questa pretesa dei creditori del figlio?[1].

2. — Non v' ha sottile arte di interprete che possa mettere in dubbio l' esistenza del principio « non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur »;[2] ma esso è stato criticato acerbamente. Lo si accusa di non essere nè equo nè strettamente connesso coi principii generali di diritto[3], anzi addirittura di essere contrario al diritto[4]; si deplorano le sottigliezze giuridiche e si lamenta che i giureconsulti romani siano stati in quest' occasione meno studiosi di una logica larga e comprensiva[5]. Il debitore,

optineat » (cfr. Riccobono *Nota sulla dottrina romana dell'alveo abbandonato* in « Studi giuridici offerti a F. Schupfer » I p. 218 sgg.), e nella l. 39 § 1 D. 4. 4, in cui, come nel nostro testo, si riscontra la medesima sostituzione di « vix » a « non » determinata dall'aggiunta di una proposizione con « nisi ». (Per la interpolazione di questa proposizione cfr. Gradenwitz nella « Zeitschr. der Sav. St. f. Rg. » VII p. 81 e in *Interpolationen* p. 191 n. 1; ma a nostro parere è emblematico anche il « vix »).

[1] Anche il Meischeider p. 30 (cfr. anche Grützmann p. 22 n. 70) nega che l'uso del beneficium abstinendi da parte dell'heres suus sia soggetto alla revoca, ma non considera la l. 69 (67) § 2. Invece l' Otto p. 33 crede che si debba ammettere la revoca, ma che nelle fonti manchino disposizioni espresse in proposito.

[2] Il principio si applica anche fuori della nostra materia. Cfr. l. 68 § 1 D. 17. 2. Gaius l. 10 ad edictum provinciale: « Illud quaeritur, utrum is demum facere videtur, quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur. Sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: quod dolo fecisti, ut desineres possidere ».

[3] Cfr. Brezzo p. 168.

[4] Cfr. Leoni *Dell'azione pauliana* 3.a ediz. 1900 p. 55.

[5] Cfr. Giorgi p. 119. — Alle critiche dei nostri fanno riscontro le giustificazioni poco felici che ne porgono gli scrittori tedeschi. Cfr. Huschke XIV p. 29 (e contro di lui Reinhart p. 98, le cui osservazioni sono ripetute dal Serafini II p. 65 n. 1); Zürcher p. 25 testo alla n. 1; Otto p. 30 sgg.; Grützmann p. 24.

aggiunge il Giorgi, « desinit habere quod habet » sia quando distrae qualche cosa dal patrimonio, sia quando impedisce volontariamente che si consolidi un acquisto proveniente ipso iure dalla legge, come nel caso del legato e dell' eredità devoluta all' heres suus.

Sbarazziamo il terreno da quest' ultima obbiezione [1]. Che un diritto si ottenga ipso iure, o che occorrano certi atti da parte del futuro titolare, non è la stessa cosa; ma questa differenza nel modo d' acquisto non distrugge il fatto che in ambedue i casi un diritto nuovo entra per la prima volta nel patrimonio dell' acquirente; onde, se egli evita che quel fatto si compia, sia astenendosi dagli atti che sono necessarii per l' acquisto, sia mettendo in opera quei mezzi che sono a sua disposizione per paralizzare ciò che si è prodotto « ope legis », (e un tal mezzo è appunto la rinuncia munita di efficacia retroattiva), i Romani opinarono, e non ci pare che s' ingannassero, che costui non diminuisce il proprio patrimonio, ma omette di accrescerlo. Questa riflessione è esposta con efficace brevità da Ulpiano nella l. 1 § 6 D. 38. 5 a proposito del legato, e noi l' abbiamo già rilevata [2]. Nondimeno gli avversarii tentano di cogliere in contraddizione il giureconsulto, poichè altrove [3] egli nega al pupillo la facoltà di ripudiare il legato « sine praetoris auctoritate », per la ragione che « esse et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat ». Senonchè queste decisioni sono entrambe giuste. Volendo determinare la forma nella quale deve essere emessa la rinuncia al legato, non si può trascurare la considerazione che esso è acquistato ipso iure dal pupillo; e poichè al tutore è vietato di alienare certe cose del pupillo « sine praetoris auctoritate », non sarà valida senza di essa neanche la rinuncia al legato, allorchè questo consista nelle cose di cui l' alienazione è proibita. Ma se il ripudio del legato è un' aliena-

[1] Non è male ricordare a questo proposito anche la l. 5 § 5 D. 23. 3, in cui Giuliano nega che possa costituire dote profettizia la rinunzia all'eredità o al legato « quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit ». Ora per lo stesso motivo l'azione revocatoria, la quale mira soltanto ad impedire che il debitore faccia uscire dal suo patrimonio cose che vi appartengono già definitivamente, e perciò vieta che eroghi « de suo », non può colpire le rinuncie in questione. Cfr. anche l. 5 § 14 D. 24. 1.

[2] V. sopra p. 165 n. 4.

[3] l. 5 § 8 D. 27. 9.

zione che cade sotto la disposizione dell'*oratio Severi*, potrebbe tuttavia non esser soggetta alla revoca; come infatti non lo è, perchè, trattandosi di un nuovo acquisto, (poco importa la forma in cui si opera), l'accettarlo o meno dipende dalla libera volontà del debitore [1].

Che questa piena ed insindacata libertà conferita al debitore per ciò che concerne gli aumenti del patrimonio possa dispiacere ai creditori, che essi veggano mal volentieri il loro debitore non approfittare di buone « occasiones adquirendi », non è questione [2]: ma tale è il principio accolto dal diritto romano. La protezione accordata ai creditori potrà forse alla nostra coscienza giuridica parere insufficiente; ma se così non fosse sembrato ai romani, con qual fondamento noi li accuseremo di non aver rispettato la logica, di essere andati in cerca di sottigliezze e via dicendo?

Nella l. 1 § 6 D. 38. 5 più volte ricordata Ulpiano scrive « sufficit patrono si nihil de suo in necem eius libertus alienavit, non si non adquisiit »; e poichè la stessa regola vige anche rispetto ai creditori, segno è che, a giudizio dei giureconsulti classici, essa rispondeva ai bisogni della vita giuridica del loro tempo. L'editto pretorio ha tolto al debitore la facoltà di disporre dei suoi beni anche in frode dei creditori, ma si è fermato qui; non lo ha obbligato a giovarsi delle « occasiones adquirendi » che gli si offrono [3]. Ogni critica sarebbe ingiusta ed eccessiva: non bisogna dimenticare che era un principio nuovo quello che veniva sancito dal pretore, che egli proibiva ciò che era permesso dal diritto civile, e che, se in quel primo momento parve giusto impedire che il debitore diminuisse dolosamente il patrimonio, che deve eventualmente servire ai creditori di mezzo per ottenere il pagamento dei loro crediti, sarebbe stato pretender troppo che il debitore dovesse arricchirsi suo malgrado, affinchè avesse maggiore efficacia contro di lui la missio in bona.

[1] Questa controversia intorno al caso del legato, non occorre dirlo, si concepisce soltanto con la teoria sabiniana, la quale ammette che la cosa legata sia in proprietà dell'onorato finchè questi non dichiara di rinunciare.

[2] Tuttavia il SERAFINI II p. 64 asserisce che in questo caso manca qualunque danno dei creditori. Questa tesi si confuta da se stessa; quello che veramente non c'è, è il danno « iniuria datum », perchè « nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet » (l. 151 D. 50. 17).

[3] Esattamente scrive ULPIANO: « pertinet edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur » (l. 6 pr. cit.).

Si lodino pure i diritti moderni d'aver sottoposto alla revoca le rinuncie di acquisti, ma si riconosca in pari tempo che essi non hanno fatto che proceder oltre, secondo che i bisogni cresciuti del commercio e del credito rendevano necessario, sulla via tracciata dal pretore. Forse già Triboniano, che ha dichiarato revocabili, come vedremo, i pagamenti, che ha ordinato altrettanto per le costituzioni di pegno, che ha in vario modo soddisfatto ad esigenze che il diritto classico non aveva avvertite, avrebbe potuto anche da questo lato allargare la sfera dell'azione revocatoria. Che qualche dubbio invero s'agitasse nella sua mente lo farebbe supporre l'emblema della l. 69 (67) § 2 cit.[1]

3. — Del resto, purchè abbiano per effetto la diminuzione del patrimonio, gli atti del fraudator possono essere delle specie più varie. Le fonti, non distinguiamo ora tra quelle genuine e quelle che non lo sono, ricordano tra gli atti revocabili la vendita[2], la donazione[3], l'in iure cessio hereditatis[4], la pre-

[1] Di solito si ammette un'eccezione al principio, che le omissioni di acquisti non sono soggette alla revoca, in favore del fisco. Cfr. Huschke p. 30; Reinhart p. 99; Zürcher p. 26; Schönemann p. 14 sgg.; Mankiewicz p. 42; Windscheid II § 463 n. 8. Ma noi ripeteremo qui ciò che dicemmo ad altro proposito (v. cap. IV n°. 10), che il fisco procede alla revoca di ciò che è stato alienato in frode delle sue ragioni con altri mezzi, sicchè non è lecito parlare di eccezione alle regole dell'azione revocatoria comune. Possiamo perciò dispensarci dall'esaminare la norma vigente pel fisco, la quale è molto dubbia. Coloro che sostengono che in frode del fisco non possano omettersi le « occasiones adquirendi » si fondano su alcune parole, invero non troppo perspicue, della l. 45 pr. D. 49. 14.

Paulus l. 5 sententiarum: « In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocumque modo res alienatae revocantur, *idemque iuris est et si non quaeratur:* aeque enim in omnibus fraus punitur ». Altri invoca in senso contrario la l. 26 D. eod.

Ulpianus l. 31 ad Sabinum: « Cum quidam capitis reus emancipasset filium, ut hereditatem adiret, rescriptum est non videri in fraudem fisci factum, quod adquisitum non est ».

I più conciliano le due leggi, ritenendo che il caso contemplato dalla l. 26 costituisca alla sua volta un'eccezione; la quale viene giustificata, o perchè neppure il fisco si permise d'impugnare un atto di natura non patrimoniale, come l'emancipazione, da cui dipende l'acquisto dell'eredità (cfr. Cuiacii *Observat.* VIII. 9 [*Opera* III p. 199], o perchè l'intenzione del testatore era di beneficare il figlio (cfr. Huschke p. 30 n. 1; Reinhart p. 99 n. 1).

L'Otto p. 205 ammette la pretesa eccezione in favore del fisco solamente contro il capitis reus. Ritiene invece che anche il fisco segua la norma comune Grützmann p. 21 n. 69, a cui aderisce il Serafini II p. 164 sgg. che ne riproduce gli argomenti.

[2] Cfr. l. 6 §§ 6 e 9, l. 7, l. 8, l. 10 § 3 D. h. t.; l. 5 C. h. t. Cfr. anche l. 1 § 12 D. 38. 5.

[3] Cfr. l. 6 § 11, l. 17 § 1 D. h. t.; l. 3 C. h. t. Cfr. anche l. 1 §§ 5. 11. 14. 16, l. 6 D. 38. 5. (Tuttavia il patrono non può far revocare le donazioni rimuneratorie: cfr. l. 9 D. eod.).

[4] Cfr. l. 1 C. h. t.

stazione dei legati [1], la costituzione di dote [2], l' acceptilatio [3], la rinuncia al pegno [4] od al grado del pegno [5], il pagamento [6], la costituzione di pegno in favore di un creditore del decotto [7], la transazione [8], la derelizione [9], le omissioni che producono la perdita di un diritto [10], e, almeno apparentemente, anche l' assunzione di obbligazioni [11]. A questi si debbono aggiungere, sebbene la revoca proceduralmente si ottenga mediante l' exceptio (più propriamente replicatio fraudis), il pactum de non petendo [12], e in generale il » praebere exceptionem » [13].

Nondimeno di alcuni di questi atti, e di altri che non sono menzionati dalle fonti, si discute se siano revocabili, poichè i testi mancano o non sono chiari: controversa è appunto la revocabilità dell' assunzione di obbligazioni, del pagamento, della datio in solutum, della costituzione di diritti reali di garanzia. Riguardo alla dote invece si tratta di determinare le condizioni sotto le quali la revoca è ammessa.

4. — Ci occuperemo quindi primieramente della costituzione della dote, che è senza dubbio revocabile, poichè nessuno contesta che sia un atto diminutivo del patrimonio. Ma se da un lato la dote è costituita al marito, che ne diviene proprietario, dall' altro anche la moglie ha sulla dote certi diritti, di cui può esser dubbia la natura, ma non l' esistenza. Due sono pertanto gli acquirenti in una costituzione di dote, e due conseguentemente i possibili convenuti coi mezzi revocatorii. La disputa sorge appunto quando si viene a stabilire il carattere della costituzione di dote nei riguardi dei due coniugi, per decidere se la revoca abbia luogo alle stesse o a diverse condizioni

[1] Cfr. l. 6 § 13 D. h. t.
[2] Cfr. l. 6 § 14, l. 25 §§ 1 e 2 D. h. t.; l. 2 C. h. t. Cfr. anche *Fragm. de formula fabiana* 2.
[3] Cfr. l. 1 § 2, 10 § 14, 25 pr. D. h. t.
[4] Cfr. l. 2, l. 18 D. h. t.
[5] Cfr. l. 2 D. h. t.
[6] Cfr. l. 3 pr., l. 6 § 7 i. f., l. 10 §§ 12 e 16, l. 17 § 2, l. 25 § 3 D. h. t.; l. 61 D. 12. 6. Ma cfr. anche l. 6 §§ 6 e 7, l. 24, l. 25 § 1 D. h. t.; l. 129 pr. D. 50. 17.
[7] Cfr. l. 10 § 13, l. 22 D. h. t. Ma cfr. anche l. 13 D. eod.
[8] È menzionata tra gli atti revocabili dal patrono: cfr. l. 1 § 9 D. 38. 5.
[9] Cfr. l. 5 D. h. t.
[10] Cfr. l. 3 § 1, l. 4 D. h. t.; l. 28 pr. D. 50. 16. Cfr. anche l. 1 § 7 D. 38. 5.
[11] Cfr. l. 3 pr., l. 6 § 9 D. h. t.; cfr. anche l. 1 § 18 D. 38. 5. V. più avanti n°. 5.
[12] Cfr. l. 1 § 2 D. h. t.
[13] Cfr. l. 3 pr. D. h. t.

contro l'uno o l'altro, più chiaramente, se sia necessaria la scientia fraudis dell'uno o dell'altro.

a) Una questione molto nota è quella se la dote sia una donazione[1], ma essa non deve preoccuparci in questo luogo, poichè le fonti ci forniscono a dovizia le prove che i romani ritennero che la costituzione della dote non rappresentasse pel marito una causa lucrativa[2], e altro non si richiede per dimostrare che egli non era esposto alla revoca quando non fosse stato consapevole della frode. Inoltre non mancano testi espliciti in proposito. Nella l. 25 § 1 D. h. t.[3] Venuleio dà l'azione contro il genero che « sciens » ha ricevuto la dote dal suocero, e quasi temesse che l'argomento a contrario, che si deduce da questa parola, avrebbe forse lasciato qualcuno perplesso, il giureconsulto torna con frasi assai significative ad escludere che possa essere convenuto l'ignaro della frode: « in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit ». In questo caso la dote proveniva dal padre della donna, ma la l. 25 § 2 D. eod.[4] aggiunge che, se chi dà la dote è un estraneo, il marito è tenuto sempre sotto la medesima condizione, « si scierit ». Nè diversa può essere la decisione nel caso che la dote sia stata costituita dalla donna stessa insolvente[5]. È vero che la l. 10 § 14

[1] Cfr. per tutti Czyhlarz *Das röm. Dotalrecht* p. 54 sgg.

[2] Cfr. i testi citati da Windscheid II § 492 n. 3; cfr. anche Czyhlarz op. cit. p. 59 sgg. Noi ci limiteremo a riprodurre la l. 19 D. 44. 7. Iulianus l. 73 digestorum: « Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit ».

[3] Venuleius l. 6 interdictorum: « Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione et, si restituerit eam, desinit dotem habere: nec quicquam emancipatae divortio facto restituturum Labeo ait, quia haec actio rei restituendae gratia, non poenae nomine daretur, ideoque absolvi solet reus si restituerit. Sed si priusquam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem iudicio dotis nomine conventus, nihilo minus eum hac actione teneri Labeo ait nec ullum regressum habiturum ad mulierem: [*sin vero sine iudice, videndum an ulla repetitio competat ei*].... In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit ».

L'interpolazione delle parole chiuse fra parentesi quadre fu da noi dimostrata nel cap. VII n°. 2.

[4] Venuleius l. 6 interdictorum: « Item si extraneus filiae familiae nomine fraudandi causa dotem dederit, tenebitur maritus, si scierit ».

[5] Cfr. tuttavia Bechmann *Das röm. Dotalrecht* I p. 204 n. 4. Contro di lui D'Ancona *Il concetto della dote nel diritto rom.* p. 143 sgg.; Serafini II p. 50 sgg.

D. h. t.[1] non fa motto della scientia fraudis del marito, ma conviene riflettere che ivi Ulpiano non ricercava quali fossero gli estremi necessarii per l'applicabilità dell'azione, bensì ne voleva determinare gli effetti quando, come nel caso da lui studiato, l'atto fraudolento consistesse nell'acceptilatio di un credito spettante al fraudator; perciò egli doveva partire dal presupposto che l'azione fosse fondata[2]. Qualunque sia l'origine della dote, è al rapporto del marito con essa che deve guardarsi per decidere se l'azione revocatoria possa sperimentarsi contro di lui; e precisamente perchè l'acquisto del marito non è gratuito, presso i romani non era oggetto di discussione se occorresse da parte sua la scienza[3].

b) Vediamo ora quali principii valessero rispetto alla moglie. Qui specialmente sono dubbiosi e discordi gli interpreti, ma le fonti parlano chiaro a chi sappia intenderle. Venuleio nella l. 25 § 1 già citata[4] scrive che, se ambedue i coniugi sono consapevoli della frode, sono tenuti entrambi, se la conosce soltanto la moglie, risponde essa sola. Nessun dubbio adunque che almeno contro la donna consapevole della frode fosse ammessa la revoca della dote[5]. Peraltro prima di procedere innanzi noi dobbiamo ricordare, che, dei due mezzi revocatorii classici, soltanto l'interdetto può promuoversi contro la donna, sia pure partecipe della frode, perchè la costituzione della dote si compie tra il marito ed il fraudator, ed essa rimane estranea all'atto, di cui risente i beneficii[6]: onde non è per caso che questa materia si trova studiata in un trattato sugli interdetti.

[1] Ulpianus l. 73 ad edictum: « Si, cum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit dotis constituendae causa, locum habet haec actio [*et per hanc omnis pecunia, quam maritus debuerat, exigitur nec mulier de dote habet actionem: neque enim dos in fraudem creditorum constituenda est; et hoc certo certius est et saepissime constitutum. Exitus autem actionis erit*] ut stipulatio, quae accepta facta fuerat, ex integro interponatur ».

Per l'interpolazione del brano chiuso fra parentesi v. cap. VIII n°. 4.

[2] Su questo frammento cfr. anche Czyhlarz op. cit. p. 61 n. 10.

[3] Altrimenti Schönemann p. 39.

[4] Venuleius l. 6 interdictorum: « Quod si is ignoraverit, filia autem scierit, tenebitur filia, si vero uterque scierit, uterque tenebitur ».

[5] Cfr. anche l. 2 C. h. t. Imp. Alexander A. Symphorianae: « Si successione patris abstenta fuisti, ob ea quae in dotem data sunt convenire te creditores nequeunt, quibus pignerata in dotem data non docentur, nisi bonis defuncti non sufficientibus in fraudem creditorum dotem constitutam probabitur ».

[6] V. Introduzione n°. 9.

La l. 2 C. h. t. non accenna affatto che la donna possedesse la scientia fraudis; ma dovrà questo requisito essere sottinteso, oppure potrà la moglie esser convenuta anche se ignara della frode? L' interpretazione delle ll. 14 i. f. e 25 § 1 D. h. t.[1], dalle quali bisogna ricavare la risposta alla nostra domanda, offre qualche difficoltà[2].

c) Il frammento di Venuleio ci pare alterato. La logica secondo noi non è molto rispettata in un periodo in cui si dice: alcuni stimano che si debba dare l' azione contro la figlia, *o certamente* che essa debba promettere di restituire ciò che avrà conseguito. Si confondono insieme due questioni che debbono tenersi distinte: l' una se la figlia sia soggetta alla revoca; l'altra, nell'affermativa della prima questione, quale sia il contenuto della sua obbligazione. Ora il quesito che si proponeva Venuleio era se la figlia potesse essere convenuta, ciò che nel caso supposto dal giureconsulto, « si neuter scierit », era controverso, come vedremo tra poco; mentre invece non c'è alcuna traccia di disputa sulla estensione della sua responsabilità. Ulpiano afferma recisamente che « filia tenetur, ut cedat actione de dote adversus maritum »; ed infatti, se è vero il principio, da noi esposto in altro luogo[3], che il convenuto con l' azione revocatoria deve restituire ciò che ha acquistato dal fraudator, la moglie non può essere obbligata che a cedere l' actio rei uxoriae, perchè giuridicamente a quest' azione si limita tutto ciò che essa consegue dalla costituzione della dote. Per contro nel passo di Venuleio « aut certe » parrebbe che dovesse servire di introduzione ad una proposizione in cui si affermasse come incontrovertibile un' obbligazione della donna più ristretta di quella prima sostenuta; senonchè nella proposizione precedente è enunciato soltanto il principio della responsabilità della donna, senza che ne sia specificata l'ampiezza. Non è dunque possibile spiegare in un modo logico l' alternativa « aut ». Inoltre ad aggravare

[1] Ulpianus l. 6 disputationum: « Si fraudator pro filia sua dotem dedisset *scienti* fraudari creditores, filia tenetur, ut cedat actione de dote adversus maritum ».

Venuleius l. 6 interdictorum: « Aut si neuter scierit, quidam existimant nihilo minus in filiam dandam actionem, quia intellegitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse, aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit se restituturam ».

[2] Cfr. Serafini II p. 52 sgg.

[3] V. cap. VII n°. 2.

il sospetto che la frase « aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit se restituturam » non sia genuina, concorre anche la sua oscurità. È verosimile che le parole « quod consecuta fuerit » alludano a ciò che la moglie consegue con l'actio rei uxoriae. Ma se così è, vede ognuno che, specialmente dopo la proposizione con cui si giustifica l' opinione dei *quidam* favorevole all' ammissibilità della revoca contro la donna, « quia intellegitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse », ossia perchè la costituzione della dote è verso di lei quasi una donatio, Venuleio, il quale invece col « consecuta fuerit » si riferisce alla restituzione della dote, non avrebbe fatto male, per evitare ogni equivoco, ad esprimersi un po' più chiaramente [1].

Se la frase sospettata vien tolta di mezzo, il ragionamento corre spedito: « si neuter scierit.... in filiam dandam actionem, quia intellegitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse; in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem rel. ». Triboniano ha creduto opportuno di inserire nel nostro passo le parole di cui si tratta, per modificare il principio, quale risulta dalla l. 14 cit., che « filia tenetur ut cedat actione rei uxoriae » [2].

d) L' opinione enunciata dalla l. 25 § 1, che, se tanto un coniuge quanto l' altro sia ignaro della frode, nondimeno debba darsi l' azione revocatoria contro la moglie, non pare che avesse il consenso unanime dei giureconsulti romani. « Quidam existimant », dice Venuleio, e non aggiunge esplicitamente se anche egli fosse di questo avviso. Ciò non ostante, poichè le parole « aut certe rel. », quand' anche non si ritengano provenire dai compilatori, non riguardano la questione su cui era nata la divergenza tra i *quidam* e gli altri giureconsulti, sicchè Venuleio non ha contraddetto menomamente l' opinione da lui riferita, noi crederemmo che nel suo silenzio fosse implicita l' approvazione.

[1] Nè si dica che il nostro timore è immaginario, perchè probabilmente la confusione è avvenuta già nei *Basilici* (IX 8, 25 § 1): « ἀγνοοῦσα δὲ ἣ ὃ ἔλαβεν ἀναδώσει, ὥςπερ δωρεὰν λαβοῦσα, ἢ ἀσφαλίσεται, ὃ λάβῃ, διδόναι » — « quae vero ignoravit, vel quod accepit restituet, quasi donationem acceperit, aut cavebit, quod consecuta fuerit, se restituturam ».

[2] La variante giustinianea, per cui la moglie non più è tenuta « ut cedat actione rei uxoriae », ma « ut caveat se restituturam quod consecuta fuerit », merita d'essere confrontata con l'altra (l. 10 § 14 cit.), per cui dal marito, anzichè pretendere che « stipulatio, quae accepta facta fuerat, ex integro interponatur », senz' altro « omnis pecunia, quam maritus debuerat, exigitur ».

Ma, più che il pensiero di Venuleio, importa conoscere il tenore dell' opinione contraria, e quali giureconsulti la professassero. Nel frammento sopra trascritto di Ulpiano la Fiorentina ha la lezione *scienti* (dativo), che il Mommsen nella sua edizione riporta in nota, mentre nel testo la corregge in *sciente* (ablativo). Noi peraltro non sapremmo indovinare donde l' illustre critico tragga tanta sicurezza che debba essere errato il nostro prezioso manoscritto. Il Lenel, che parimenti accetta la lezione *sciente*, richiama[1] la clausola dell' interdetto « sciente te ». Ma innanzitutto perchè in un luogo, in cui adduceva esempi d'applicazione della regola che l' interdetto si dà « adversus eos, quibus actio competit, ut actione cedant », Ulpiano avrebbe inteso il bisogno di menzionare espressamente un requisito generale per l' ammissione dell' interdetto, e, posto pure che questo bisogno vi fosse, perchè non l'avrebbe fatto anche nell' esempio precedente, « si interposuerit quis personam Titii, ut ei fraudator res tradat, actione mandati cedere debet »? Secondariamente la modificazione che si vuole apportare al testo ulpianeo, tende a stabilire una condizione per l' ammissibilità della revoca contro la donna, quella cioè che sia necessaria anche per lei la scientia fraudis, la quale facilmente si dimostra infondata. Noi non ci impegneremo davvero ora nella questione se la costituzione di dote possa rappresentare una donazione verso la donna[2]; al nostro scopo basta molto meno, cioè che la donna acquisti a titolo gratuito, e nessuno può negare che per ottenere l' actio rei uxoriae, alla cui cessione è secondo Ulpiano obbligata, essa non presti equivalente di sorta[3].

Infine, chi ben rifletta a ciò che abbiamo appreso dal passo di Venuleio, e lo confronti con ciò che risulta dal frammento di Ulpiano accettando la lezione del testo fiorentino, deve rinunciare ad ogni velleità di emendazione[4]. Per la l. 25 § 1

[1] *Palingenesia* II p. 400 n. 8.

[2] Cfr. su di essa CZYHLARZ op. cit. p. 65 sgg.; BURCKHARD *Zu Fragmenta Vaticana 269* Leipzig 1900.

[3] Cfr. BURCKHARD op. cit. p. 59 sgg.

[4] Vogliono correggere la lezione della Fiorentina anche BECHMANN op. cit. I p. 204 n. 4 e CZYHLARZ op. cit. p. 69 n. 2; ma non specificano il motivo. E persino qualcuno che lascia inalterato il testo, tuttavia afferma che *scienti* è da intendere come ablativo e da riferirsi a *filia;* cfr. HUSCHKE XIV p. 61 n. 3.

è certo che tra i giureconsulti romani v'era chi, supposta l'ignoranza della frode da parte del marito e della moglie, voleva tenere nondimeno responsabile quest'ultima, e chi al contrario in tale ipotesi negava ogni mezzo giuridico contro di essa. Nessuno peraltro esigeva che anche la moglie dovesse essere partecipe della frode; ella poteva essere convenuta quantunque ignara; solo che alcuni richiedevano che almeno il marito conoscesse la frode. La l. 14, letta come sta nella Fiorentina, mostra che di quest'avviso era Ulpiano.

Nè è difficile scoprire la causa del dissenso tra questo giureconsulto ed i *quidam*. La dote è costituita al marito, l'atto fraudolento si compie quindi tra il marito ed il decotto costitutore della dote; la moglie, che è estranea a quest'atto, se può essere esposta alla revoca in quanto « lucrum sensit ex fraude », deve nondimeno esser trattata allo stesso modo del terzo che acquista da colui che ha contrattato col fraudator. Ora noi già sappiamo [1] che il terzo mediato non è tenuto, quand'anche sia in dolo, se l'avente causa immediatamente dal fraudator non è soggetto alla revoca, perchè ignorava la frode. Per questo motivo Ulpiano reputava che dovesse il marito conoscere la frode affinchè potesse la moglie esser convenuta con l'interdetto.

Altri opinavano diversamente, nè ciò accadeva, a parer nostro, perchè essi non fossero d'accordo sulla premessa, che cioè non possa sperimentarsi la revoca contro il terzo mediato, se chi acquistò direttamente dal fraudator era in buona fede: bensì costoro giudicavano che non dovesse la moglie equipararsi ad un terzo mediato. Essi certo ricordavano che, come spesso si legge nelle fonti [2], con la costituzione « dos mulieri adquiritur », « mulieris est », che « mulier habet dotem », che la dote « proprium patrimonium filiae », « in matris familias bonis esse intellegitur » e via dicendo; e da questo punto di vista la donna appare nella stessa posizione di chi riceve a titolo gratuito direttamente dal decotto.

e) L'esame dei testi mena dunque a questo risultato: che la revoca della dote era ammessa anche contro la donna ignara

[1] V. cap. IV n°. 3.

[2] Cfr. l. 9 D. 12. 4, l. 7 D. 23. 4, l. 4 § 22 D. 44. 4; l. 71 D. 21. 2; l. 43 § 1 D. 26. 7; l. 3 § 5 D. 4. 4; l. 4 D. 37. 6 etc.

della frode, ma che i giureconsulti romani disputavano se dovesse esserne consapevole almeno il marito, o se, pure nel caso che anche questi fosse « nesciens fraudis », si potesse agire contro la moglie. Peraltro l'opinione accolta da Ulpiano ci fa domandare quale utilità pratica avesse l'ammissione della responsabilità della moglie anche ignara, posto che debba avere per condizione la scientia fraudis del marito, nel qual caso i creditori hanno diritto di agire contro di lui. Si potrebbe pensare che fossero tenuti ambedue i coniugi, ed infatti nell'ipotesi che entrambi sapessero della frode, questa regola è indiscutibile; essa ci è attestata da Venuleio, « si uterque scierit, uterque tenebitur ». Ma se soltanto il marito è a conoscenza della frode, potrà essere convenuta anche la moglie? La l. 25 § 1 dichiara che se il marito ha restituito la dote ai creditori, non dovrà più nulla alla moglie dopo il divorzio, perchè l' azione dei creditori si dà « rei restituendae gratia, non poenae nomine ». Niun dubbio che queste parole si riferissero in origine all' interdetto, onde si è tentati di credere che, se il marito, anzichè con l' interdetto, fosse stato convenuto con la pauliana, si potesse ancora esercitare contro di lui l' actio rei uxoriae, giacchè vale per la pauliana la ragione contraria a quella addotta per l' interdetto, « haec actio poenae nomine, non rei restituendae gratia datur ». Si avrebbe allora questo risultato: il marito « sciens fraudis » potrebbe essere convenuto con l'actio pauliana ed esser costretto a pagare la pena, poi con l'interdictum fraudatorium si potrebbe agire contro la moglie « nesciens » perchè cedesse l' actio rei uxoriae. Se non che un più maturo esame ci ha indotti a dubitare di questa soluzione, che altra volta ci parve sicura. Venuleio nel pr. della stessa l. 25 dà l' interdetto contro il debitore solamente se il fideiussore, col quale fu fatta l' acceptilatio, non sia solvibile; e l' editto, concedendo l' interdetto « et si scientia non sit », lo fa « causa cognita ». Ora non sapremmo risolutamente sostenere che il pretore abbia permesso di sperimentare l' interdetto contro la moglie dopo che già il marito era stato convenuto con l' actio pauliana. I creditori sono abbastanza protetti dall' azione contro il marito, e perciò non esiste la necessità di accordare l' interdictum utile contro la moglie. Bisognerà quindi venire alla conclusione che fosse inutile ammet-

tere la revoca contro la moglie « nesciens fraudis », quando la si doveva sottoporre alla condizione che il marito fosse consapevole della frode? Non lo crederemmo; per lo meno, nel caso che il marito fosse insolvibile, i creditori, facendosi cedere dalla moglie l' actio rei uxoriae, ottenevano contro di lui un' azione privilegiata.

Nel diritto giustinianeo il duplice esercizio dell' azione revocatoria, contro il marito partecipe della frode e contro la moglie ignara, non è certamente possibile, ammesso pure che lo fosse nel diritto classico. La revoca degli atti fraudolenti si ottiene ora con un unico mezzo, il quale non ha carattere penale: e però, dopo che lo si è sperimentato contro il marito, e questi ha restituito la dote, non si può intentarlo contro la moglie, perchè il marito «desinit dotem habere », come avvertiva Venuleio a proposito dell' interdetto e noi dobbiamo ripetere per l' azione revocatoria del nuovo diritto, onde alla moglie non compete l' actio de dote che dovrebbe cedere ai creditori. Invece può tornar utile di agire contro il marito piuttosto con l' azione dotale che con l' azione revocatoria, e quindi può essere anche nel diritto giustinianeo praticamente efficace la regola che la donna è tenuta, sciente o ignara che sia, purchè sia consapevole il marito.

f) Appunto perchè la norma che risulta dall' opinione di Ulpiano può essere tuttora applicata, sebbene indiscutibilmente riesca molto più vantaggiosa pei creditori l' opinione dei *quidam*, la quale importa che possa essere convenuta la moglie ignara della frode quando ignaro è parimenti il marito e perciò non esposto alla revoca, è necessario decidere quale dei due principii, che l' inavvertenza dei compilatori ha contemporaneamente accolti nel Digesto, debba prevalere nel diritto giustinianeo.

La decisione non ci pare difficile, se si riflette al fondamento che noi abbiamo attribuito alla teoria enunciata da Venuleio. La definizione del rapporto della donna con la dote, che gli stessi romani indicavano con frasi non tecniche e poco precise, « dos in bonis mulieris est », « dos mulieri adquiritur » e simili, affatica ancora la dottrina romanistica; ma, nel caso nostro, è sufficiente ricordare quello che ne pensava Giustiniano. Le cose dotali, scrive l' imperatore nella l. 30 C. 5. 12, « ab initio uxo-

ris fuerunt et naturaliter in eius permanserunt dominio: non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est ». Se l' « habere dotem » bastava ai *quidam* per considerare la dazione « dotis causa » al marito come una liberalità direttamente compiuta verso la donna, a maggior ragione dovrà questa essere reputata un acquirente immediato dal fraudator nel diritto giustinianeo, che le riconosce « constante matrimonio » una proprietà naturale della dote. L' opinione professata da quegli anonimi giuristi ha dunque guadagnato terreno con le riforme apportate al regime dotale da Giustiniano. La stessa interpolazione delle parole « aut certe rel. » nella l. 25 § 1 implica che i commissari giustinianei approvassero (più o meno coscientemente) il principio enunciato da quel frammento, che la moglie è tenuta, quand' anche il marito abbia ignorato la frode: altrimenti essi non avrebbero dovuto aggiungere qui la frase più volte ricordata con la quale si determina l' estensione della responsabilità della donna, che, come già ci è occorso di rilevare, non è nel diritto giustinianeo la medesima che nel diritto classico [1].

g) Questo mutamento operato dai compilatori richiede peraltro qualche maggiore dilucidazione. Per Ulpiano la donna era obbligata a cedere l' actio rei uxoriae: ora poichè quest' azione nasce con lo scioglimento del matrimonio, finchè la donna è tenuta soltanto a cedere l' azione che le spetta contro il marito per la restituzione della dote, bisogna dire che la revoca non può aver luogo contro di lei se non quando è sciolto il matrimonio. Triboniano invece prescrive « cavere eam debere quod consecuta fuerit se restituturam », e sarebbe far torto, noi pensiamo, al senno del giurista bizantino il credere che egli intendesse unicamente di sostituire, all' obbligo della cessione dell' azione, quello della restituzione della dote conseguita dalla moglie mediante l' azione dotale di cui le era lasciato l' esercizio. No, la disposizione tribonianea ha lo scopo di rendere proponibile l' azione contro la moglie anche durante il matrimonio. Un

[1] I Bas. IX 8. 14 non hanno alcuna parola che corrisponda allo *scienti* del testo ulpianeo; e ciò si comprende, se si ammette che il requisito da esso indicato non sia più necessario.

giurista classico non poteva concedere un' azione d' arricchimento, prima che l' actio rei uxoriae, nella quale l' arricchimento stesso consiste, fosse nata; ma Triboniano, che aveva quel concetto, che noi abbiamo poc' anzi ricordato, del diritto della donna sulla dote « constante matrimonio », e che sapeva esser divenuta regola generale l' obbligazione di restituire la dote alla moglie, ammessa dal diritto classico solamente in alcuni casi determinati, non ci pare meriti biasimo, se, tenuto conto di tutto ciò, stimò opportuno di ordinare che, ove non fosse cedibile l'azione perchè non nata ancora, la donna dovesse almeno promettere la restituzione di ciò che fosse per conseguire della dote costituita in frode dei creditori.

h) La verità dei risultati, cui ci ha condotti finora il nostro studio, è confermata dalla l. 25 § 2 D. h. t.[1] L'ipotesi differisce da quella contemplata nel § 1 semplicemente per la persona del costitutore della dote, che non è più il suocero, ma un estraneo: sicchè le decisioni non debbono variare. Ed appunto quivi è detto che il marito è tenuto, se consapevole della frode: e che lo è parimenti la moglie, ma rispetto ad essa non è menzionata la condizione che debba conoscere la frode, come neppure l' altra che debba almeno conoscerla il marito.

Il passo citato ammette la revoca anche contro il padre della donna, e di questo caso ci occuperemo fra poco. Ora ci preme portare l' attenzione sulle parole con le quali è definita la sua obbligazione: « ita ut caveat, si ad se dos pervenerit, restitui eam ». Non si comprende perchè quest' avvertenza si faccia solo pel padre, e non anche per la figlia. Di certo il contenuto delle loro obbligazioni non poteva esser diverso, e come la donna era tenuta a cedere l' actio rei uxoriae, così, se allo sciogliersi del matrimonio per divorzio o per morte del marito essa fosse stata filia familias, nel qual caso l' actio rei uxoriae spettava al pater familias adiuncta filiae persona, toccava a lui unitamente alla figlia di cedere l' azione ai creditori. Ma noi abbiamo visto che la responsabilità della donna è stata allargata dal diritto giustinianeo, ed è quindi logico che abbia subìto la medesima estensione anche quella

[1] Venuleius l. 6 interdictorum: « Item si extraneus filiae familiae nomine fraudandi causa dotem dederit, tenebitur maritus, si scierit: aeque mulier: nec minus et pater, si non ignoraverit, ita ut caveat, si ad se dos pervenerit, restitui eam ».

del padre. Le parole « ita ut caveat, si ad se dos pervenerit, restitui eam » sono state aggiunte nel § 2 dalla stessa mano che ha inserito nel § 1 della l. 25 le altre « aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit se restituturam ».

i) Il principio che anche il pater familias della moglie, al quale può eventualmente doversi restituire la dote, sia soggetto alla revoca, non solleva alcun dubbio. Naturalmente, per la ragione a cui abbiamo più volte accennato, egli non poteva nel diritto classico essere convenuto che con l' interdetto. Inoltre, secondo ciò che si legge nella l. 25 § 2, avrebbe dovuto non ignorare la frode. Se non che di questa regola noi non sapremmo dare alcuna giustificazione. È ovvio infatti osservare che il pater familias, non altrimenti che la figlia, acquista la dote restituita dal marito o dai suoi eredi senza prestare nessun corrispettivo. Onde, se la causa è per entrambi gratuita, dovrebbero tutti e due essere trattati alla stessa stregua.

Non esitiamo a confessare che la difficoltà è di quelle che non si potranno forse mai superare in modo sicuro. Potremmo supporre un emblema; ma come rispondere a chi ci obbiettasse che le parole « si non ignoraverit » non appaiono interpolate per la forma, nè si comprende perchè i compilatori dovessero richiedere la scientia fraudis? Si potrebbe anzi credere che, se Triboniano avesse pensato ad interpolare, avrebbe fatto meglio a sopprimere addirittura la menzione del pater familias, poichè il frammento discorre di una dos adventicia, la quale nel nuovo diritto, sebbene il pater familias abbia ancora l' actio ex stipulatu adiuncta filiae persona per ottenerne la restituzione, nondimeno diviene proprietà della figlia e va a formar parte del suo peculio avventizio. Ma vuolsi replicare che, poichè d' un tale peculio spetta al pater familias l' usufrutto, sussisteva sempre l' opportunità di dichiarare che i creditori frodati possono esercitare l' azione revocatoria anche contro di lui.

Tuttavia, se si spiega che i compilatori abbiano rispettato il principio che la revoca della dote si può ottenere anche contro il pater familias, non c' è ragione nemmeno nel diritto giustinianeo di richiederne la scienza. Or dunque, se la regola che si legge nel nostro testo appare erronea, a chi potremo con maggior probabilità attribuirla, a Venuleio, a Triboniano, o a qualche

incauto glossatore? Si può forse essere esitanti tra le due ultime ipotesi, ma ogni studioso che abbia un po' di dimestichezza con le nostre fonti scarterà senz'altro la prima.

5. — L'opinione che ammette la revocabilità delle obbligazioni assunte dal decotto in frode dei creditori si fonda sulla l. 3 pr. D. h. t. [1]; e tale è infatti il principio che sembra doversi dedurre da questo frammento.

a) Ma esso non s'accorda col motivo esposto da Ulpiano nella l. 1 § 2 D. 42. 6 [2] per giustificare il rifiuto del beneficium separationis ai creditori dell'erede: « licet alicui adiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem condicionem ». Indarno gli interpreti [3] hanno cercato di risolvere questa antinomia. Essi si richiamano alla gravità che aveva presso i Romani l'accettazione di un'eredità, all'importanza che vi era annessa, ciò che faceva sì che non paresse conveniente permetterne la rescissione per un semplice interesse pecuniario; e non s'accorgono che la confutazione più eloquente del loro ragionamento è l'istituto della separatio bonorum, la quale, se è negata ai creditori dell'erede, è nondimeno concessa ai creditori del defunto. Inoltre si afferma che la decisione di Ulpiano è coerente allo spirito della legislazione romana di lasciare affatto libera la volontà dell'erede nell'accettazione dell'eredità deferitagli, e l'osservazione può magari esser giusta: ma ciò che occorre è di conciliare il principio, sul quale il giureconsulto fonda la regola che la separatio non spetta ai creditori dell'erede, col principio risultante dalla l. 3 pr. cit. Del resto gli autori, di cui riassumiamo il pensiero, sembrano essi stessi convinti della debolezza delle loro considerazioni, quando ammettono che la l. 1 § 2 esclude una presunzione legale di frode a carico di chi apre credito al debitore, ma, ove si provi il concerto fraudolento del decotto e del nuovo creditore, l'obbligazione è revocabile. Ciò

[1] Ulpianus l. 66 ad edictum: « vel ei praebuit exceptionem sive se obligavit fraudandorum creditorum causa sive numeravit pecuniam vel quodcumque aliud fecit in fraudem creditorum, palam est edictum locum habere ».

[2] Ulpianus l. 64 ad edictum: « Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem: nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem ».

[3] Cfr. Serafini II p. 100 sgg.; Brezzo p. 320 sgg.; Giorgi p. 283.

dicendo, confessano che la proposizione ulpianea non si riferisce solamente all' eredità, ma ha una portata più generale; e la contraddizione fra i due testi è ancora un problema da risolvere.

Fa d'uopo sottoporre ad una critica scrupolosa il contenuto della l. 3 pr. cit. Nessun dubbio che le varie ipotesi ivi menzionate presuppongano l' animus fraudandi del debitore; a tutte infatti si riferisce l' « in fraudem creditorum ». Perchè dunque questo presupposto dovrebbe essere ancora specialmente indicato per l' ipotesi del « se obligavit »? Di certo la frase « fraudandorum creditorum causa » non ha alcuna giustificazione, ma ha forse un merito, quello di farci sospettare un emblema.

Ed il sospetto si trasforma in certezza, se pensiamo che i mezzi revocatorii hanno per iscopo di impedire la diminuzione dell' attivo, mentre chi contrae nuovi debiti, se è vero che danneggia i suoi attuali creditori ai quali toccherà un dividendo inferiore, è altrettanto vero che non altera lo stato del suo patrimonio attivo.

Lo scopo dell' istituto della revoca, nella pienezza della sua evoluzione, è quello di garantire ai creditori il soddisfacimento su tutti i beni appartenenti al debitore. La procedura muta, e mutano anche i modi di applicazione del nostro istituto, ma il fine che aveva l' interdetto classico è anche il fine che si propone l' azione revocatoria giustinianea. L' eventus fraudis, abbiamo già dimostrato [1], era costituito nel diritto classico dalla missio in bona, nel diritto giustinianeo dalla vendita del patrimonio il cui prodotto non sia stato sufficiente a pagare tutti i creditori. Orbene, nella procedura classica, il patrimonio del debitore sarà posseduto dai creditori per premere sulla sua volontà e indurlo a pagare sotto la minaccia di sostituirlo con un altro titolare, nella procedura giustinianea, il patrimonio verrà liquidato per soddisfare proporzionalmente i creditori con ciò che potrà esserne ricavato; ma nell' uno e nell' altro diritto i mezzi revocatorii hanno per fine di assicurare l' integrità dell' attivo.

Il pretore proibisce i « facta fraudandi causa *in bonis quibus de agitur* » [2], e non si dovrebbe esitare a riconoscere il contenuto dei *bona* di cui si tratta. Male si invoca in questa mate-

[1] V. cap. V n^i. 1 e 3.
[2] l. 10 pr. D. h. t.

ria il brocardo « bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno »; chi non vede che la missio avviene su tutti i beni che costituiscono l'attivo, e non soltanto su quelli che restano dopo soddisfatte le passività? Basterebbe riflettere che immessi nel patrimonio del debitore sono appunto i creditori. Il significato, che ha nel nostro editto la parola « bona », è esposto egregiamente da Ulpiano in un frammento [1] estratto dal l. 59 del suo commentario, in cui era trattato il tema della missio in possessionem [2]. Tutto ciò che è nel dominio nostro, o è da noi posseduto in buona fede, il diritto di superficie e ciò che consiste « in actionibus petitionibus persecutionibus, *in bonis esse videntur* ». Pertanto dal pretore sono vietati i fatti relativi al patrimonio attivo, i fatti che hanno per conseguenza una diminuzione di esso. Invece allorchè Lucio Tizio fraudandi causa contrae una nuova obbligazione, non fa nulla « in bonis quibus de agitur », poichè i bona non subiscono alcuna alterazione.

Le fonti insistono replicatamente su questo concetto, che l' editto colpisce colui « qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet » [3], che esso si riferisce « ad deminuentes patrimonium suum » [4].

Direttamente, come nel diritto giustinianeo, o indirettamente, come nel diritto classico, i creditori non possono aspirare ad altro che a conseguire il loro soddisfacimento mediante il patrimonio (attivo) del loro debitore: sicchè questo modo di considerare il patrimonio di fronte all'azione revocatoria, anzichè essere una finzione arbitraria [5], è il solo logico; e contraddice all' essenza dell'istituto revocatorio, che integra il diritto di esecuzione dei creditori sul patrimonio del debitore, chiunque intenda applicarlo

[1] l. 49 D. 50. 16. ULPIANUS l. 59 ad edictum: « Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur ».

È assai verosimile che dopo « prodesse » si debba lamentare una lacuna. Il MOMMSEN ad h. l. annota: *Exciderunt talia:* « civiliter bona nostra sunt ea quae habemus ».

[2] Cfr. LENEL Ulpianus 1383.

[3] Cfr. l. 3 § 2 D. h. t.

[4] Cfr. l. 6 pr. D. h. t.

[5] Cfr. tuttavia SIMONCELLI nella « *Rivista italiana per le scienze giuridiche* » 5 p. 387.

alle mutazioni da questo apportate al passivo. Ora nessuno vorrà ritenere che un tale errore sia stato commesso da Ulpiano, ma penserà piuttosto che si tratti di un tribonianismo.

b) Forse ci si obbietterà che la l. 1 § 18 D. 38. 5[1] assoggetta alla revoca l'obbligazione assunta dal liberto in frode dei diritti del patrono. Ma, quando se ne sia compreso il fondamento, questa differenza, tra la fabiana e la calvisiana da un lato e la pauliana e l'interdictum dall'altro, è una bella prova della verità della nostra opinione. Il diritto che si tutela con le due prime azioni è il diritto del patrono all'eredità del liberto. Ora è troppo evidente che un tale diritto può esser leso, non solo diminuendo l'attivo, ma anche aumentando il passivo. I creditori si rivolgono sull'attivo col quale debbono essere soddisfatte le loro ragioni; ma il patrono calcola ciò che rimane del patrimonio dopo pagati i debiti. Siamo in tema di eredità, e qui davvero impera la regola « bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno ». Il sicuro intuito dei nostri giureconsulti impediva loro di applicarla ad istituti e ad ipotesi diverse; non essi potevano disconoscere che i creditori si pagano con l'attivo del patrimonio, mentre il patrono non consegue effettivamente l'eredità che gli spetta se non quando, dimessi i debiti, rimanga tanto da rappresentare la quota a lui devoluta. Perciò egli può ottenere la revoca, come delle alienazioni che diminuiscono l'asse ereditario, così anche delle obbligazioni, che, essendo state contratte fraudolentemente dal liberto, pregiudicano il suo diritto. È dunque chiaro che nella fabiana i bona non possono riguardarsi sotto lo stesso aspetto, sotto il quale vengono in considerazione nella pauliana. Non enuncia un principio contrario allo scopo della fabiana, che è diretta a serbare intatta la quota ereditaria del patrono, chi afferma che per suo mezzo si possono revocare le obbligazioni; mentre invece, ammettendo che possano essere colpite dalla pauliana, la si snatura, perchè le si assegna uno scopo che non è il suo, il quale è, ripetiamolo, di impedire le diminuzioni fraudolente dell' attivo da parte del debitore.

c) Tuttavia l'essere fermamente convinti che le obbligazioni fraudolente non potessero revocarsi coi due mezzi giuridici

[1] Ulpianus l. 44 ad edictum: « Plane si non accepit et spopondit stipulanti, erit Fabianae locus ».

del diritto classico, non ci trattiene dal riconoscere che i creditori onesti possono risentire grave danno dal concorso di altri che contrattarono col fraudator conoscendo lo stato dei suoi affari e del suo patrimonio. Dovrà permettersi ad un debitore insolvibile di stringere nuove obbligazioni sapendo che in tal guisa egli peggiora, forse irreparabilmente, la sua situazione? Sarà lecito al decotto di procacciarsi vantaggi di vario genere assumendo in corrispettivo delle obbligazioni, che cercheranno poi di essere soddisfatte a spese di creditori di buona fede? E dovranno costoro esser lasciati affatto in balìa del mal talento del loro debitore?

Per ovviare a questo inconveniente bisognerebbe che i creditori, il cui diritto avesse la propria fonte in obbligazioni fraudolentemente assunte dal decotto, fossero esclusi dal concorso. Certo questa regola è incompatibile con un sistema di procedura individuale, in cui ciascun creditore provvede singolarmente al proprio interesse, e il creditore fraudolento non ha di fronte la massa, bensì il proprio debitore, il quale non può sottrarsi all'obbligo di pagare eccependo la sua stessa frode.

Ma la procedura romana è una procedura collettiva, e quindi il pretore, se non poteva colpire le obbligazioni fraudolente con l'azione revocatoria senza alterarne la funzione, poteva nondimeno trovare qualche altro mezzo per cui i creditori divenuti tali in conseguenza di un contratto fraudolento fossero impediti di pregiudicare gli altri col loro concorso.

Orbene la l. 25 D. 42. 5[1] è là a dimostrarci che il senno giuridico romano ha sciolto ottimamente anche questo problema. Poichè il contratto anche fraudolento è perfettamente valido nei rapporti col decotto, l'azione, che il pretore[2] nega pei contratti conclusi dal fraudator, non può essere quella che si dirige contro lo stesso fraudator, bensì, come prova anche il presupposto « cuius bona venierint »[3], l'azione che spetterebbe contro il bo-

[1] ULPIANUS l. 64 ad edictum: « Ait praetor: Quod postea contractum erit quam is, cuius bona venierint, consilium receperit, fraudare sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur ».

[2] Non ci pare serio il dubbio sollevato dal KARLOWA *Röm. Rechtsg.* II p. 1409 che quella riferita dalla l. 25 non sia una disposizione edittale, ma provenga forse dalla lex Iulia de cessione bonorum.

[3] Cfr. tuttavia SERAFINI I p. 193 n. 2.

norum emptor [1]. In sostanza i creditori, che derivavano il loro diritto da una convenzione fraudolenta scientemente voluta, non erano ammessi al passivo per evitare che la loro concorrenza diminuisse la porzione degli altri creditori.

Che l' editto abbia il significato da noi ora indicato, fu già riconosciuto da altri [2]. Ma è strano come la teoria dominante non si sia avveduta che, ammettendo in pari tempo la revocabilità delle obbligazioni [3], si veniva a dare per uno stesso caso due rimedi, di cui o l' uno o l' altro non poteva non esser superfluo. Anzi dei due, neanche a farlo apposta, proprio quello torna meno utile in pratica che il pretore aveva sancito in un editto speciale.

Piuttosto che attendere che il creditore, fondandosi sul credito fraudolento, tenti di partecipare alla distribuzione del prezzo della vendita, non è meglio che gli altri creditori o il curator ottengano la revoca dell'obbligazione fraudolentemente assunta dal debitore? Se noi riusciamo a dimostrare che i creditori lesi avevano qualche interesse a non aspettare che dopo la venditio bonorum il pretore rifiutasse l' azione al creditore il cui titolo era viziato dalla frode, sarà ragionevole pensare che, posto che l' obbligazione fosse stata revocabile con la pauliana o con l' interdetto, poichè questi mezzi sono esperibili anche prima della

[1] Cfr. LENEL *Edictum* p. 347.

[2] Cfr. tra gli antichi CUIACII *Paratitla* in D. 42. 5 (*Opera* I p. 847): tra i moderni HUSCHKE XIV p. 26 sgg.; RUDORFF p. 93 sgg.; MANKIEWICZ p. 56; SCHEY p. 151. — È certamente errata l'opinione del KARLOWA op. cit. II p. 1409 secondo cui la l. 25 cit. dichiarerebbe inefficace il contratto concluso dal debitore dopo la venditio bonorum: per qual motivo il diritto romano avrebbe dovuto annullare i contratti fraudolenti compiuti da chi ha già subito una volta la venditio bonorum, e non quelli di chi si avvia a subirla? forse perchè il primo è recidivo? Il Karlowa fonda la sua tesi sull' interpretazione delle parole « consilium receperit fraudare », le quali significherebbero « concepire di nuovo l' intenzione di frodare »; se non che esse molto probabilmente sono corrotte (cfr. MOMMSEN ad *h. l.;* LENEL *Edictum* p. 346 n. 3 *Palingenesia* II p. 794 n. 1; GRADENWITZ nella « *Zeitschr. der Sav. St. f. Rg.* » VIII p. 254, i quali propongono di leggere: « consilium fraudandorum creditorum ceperit, fraudare sciente eo rel. ».

[3] A questa censura sfuggono HUSCHKE e RUDORFF i quali escludono che le azioni revocatorie potessero applicarsi alle assunzioni di obbligazioni; ma essi non seppero superare il grave ostacolo che per la loro opinione costituiva la l. 3 pr. D. h. t. Il RUDORFF ne tace affatto, l' HUSCHKE p. 29 (cfr. anche VOIGT *Ueber die condictiones ob causam* p. 788 n. 752) pretende che questo frammento si riferisca al caso di obbligazioni già adempiute e ammetta la revoca della prestazione: ma, replicava lo SCHMIDT *Das Pflichttheilsrecht des Patronus* p. 104 n. 23, questa ipotesi urta contro il chiaro significato del testo (cfr. anche OTTO p. 52), e, noi aggiungiamo, il pagamento di un debito non è revocabile.

venditio bonorum, i creditori non avrebbero trascurato di esercitarli.

La denegatio actionis promessa nell' editto della l. 25 cit. suppone il concorso di varie circostanze che debbono essere dimostrate per ciascun caso; e la cui esistenza può « in iure » apparire ancora dubbia, di guisa che il magistrato spesso accorda l' azione, inserendo tuttavia nella formula l' exceptio fraudatorum creditorum[1]. Ora si ha un bel dire che in previsione del rifiuto dell' azione, ovvero dell' accoglimento dell' eccezione, contro i creditori il cui titolo è fraudolento, il bonorum emptor offrirà a vantaggio dei creditori con titolo ineccepibile una percentuale maggiore. Trattasi pur sempre di una previsione nella quale è possibile ingannarsi, ed il bonorum emptor terrà conto nel fare l' offerta anche di quel po' di rischio che corre, se mai i creditori sospettati dovessero vincere la lite. Non è perciò dubbia l' opportunità pei creditori di eliminare ogni incertezza prima che avvenga l' asta, e se veramente a tal uopo essi avessero posseduto il mezzo della revoca, niuno può stimarli così imprevidenti da lasciarlo inoperoso. Par giusto concludere che i romani non avrebbero inteso il bisogno dell' editto riferito nella l. 25 cit.

Naturalmente noi ci guarderemo bene dall' attribuire all' editto pretorio una superfluità biasimevole. La revoca delle obbligazioni non era ammessa per difetto di un presupposto espressamente richiesto dalle fonti, le quali, perchè i mezzi revocatorii possano intentarsi, esigono un factum, un gestum « in bonis », vale a dire a carico del patrimonio attivo. Ma poichè tanto la pauliana quanto l' interdetto erano inapplicabili alle nuove obbligazioni contratte dal decotto in frode dei creditori anteriori, il pretore, che non voleva lasciar costoro senza difesa, vi provvide con l' editto contenuto nel frammento ulpianeo.

d) Che alla nostra opinione non sia d' ostacolo la l. 3 pr. D. h. t. ci sembra che non si possa più dubitare, poichè il sospetto della sua interpolazione, già desunto da ragioni formali,

[1] Cfr. l. 9 § 5 D. 12. 2. ULPIANUS l. 22 ad edictum: « ... Praeterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret sibi decem dare oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum ».

è aggravato e confermato dalle ragioni di sostanza che siamo venuti svolgendo. Male si invocherebbero anche le parole « vel quemcumque contractum » della l. 1 § 2 D. eod., poichè, ammesso che esse accennino all' assunzione di obbligazioni, come sembrano pensare alcuni interpreti [1], noi già dimostrammo [2] che il frammento è stato rifatto da Triboniano. Altri vorrà vedere affermata la revocabilità delle obbligazioni nella l. 6 § 9 D. eod. [3], argomentando dalla frase « vel stipulatus est ». Se non che in questo paragrafo Ulpiano intende semplicemente di negare la qualità di fraudolenti a certi atti, in quanto avvennero « consentientibus creditoribus »: nè con ciò è detto che, se fossero fraudolenti, sarebbero colpiti dalla pauliana o dall' interdictum. Bensì nell' ipotesi della stipulazione s'applicherebbe l' editto della l. 25; e però il giureconsulto doveva decidere se una stipulazione conclusa in quelle condizioni potesse ritenersi fraudolenta.

e) A questo punto ci pare di sentirci chiedere: posto che si nega l' azione ai creditori che fondano il loro diritto su d'un titolo viziato da frode, perchè non la si rifiuta anche ai creditori ereditarii, allorchè l'erede accetta un'eredità oberata, che si risolve in una spontanea assunzione di debiti altrui? Facile è la risposta. I creditori ereditarii non contrattano col fraudator, essi divengono creditori dell' erede in conseguenza della successio in ius; molto spesso farà difetto la condizione espressa dalla clausola « sciente eo qui contraxerit », ma, quand'anche i creditori del defunto fossero consapevoli dell'animus fraudandi con cui l'erede adì l'eredità, mancherebbe tuttavia sempre quel contratto tra l'erede fraudator e il creditore, che è richiesto dall'editto della l. 25. I creditori dell' erede possono essere fieramente danneggiati, chi nol vede; ma, per deplorevole che sia, certo è che i romani non si sono qui lasciati muovere dall' equità di concedere un rimedio ai creditori dell' erede contro il danno che essi

[1] Cfr. OTTO p. 52; SCHMIDT op. cit. p. 104 n. 23; WINDSCHEID II § 463 n. 5.

[2] V. INTRODUZIONE n°. 8.

[3] ULPIANUS l. 66 ad edictum: « Praeterea illud sciendum est eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit vel stipulatus est vel quid aliud contraxit, non videri in fraudem creditorum fecisse: nemo enim videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt ».

subiscono per effetto dell' adizione [1]. Un mezzo, che avrebbe salvaguardato i creditori dell' erede da ogni pericolo, sarebbe stato quello della separatio bonorum ; ma non fu loro accordato. La l. 1 § 2 D. 42. 6 nega la separatio ai creditori originari dell' erede « nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem » [2].

Scrive il Bonfante [3] che in questo passo si rileva un fatto sicuro, che il debitore è libero di contrarre altri debiti, e che non altrimenti viene ad esser la cosa nell' accettazione di un'eredità oberata. Ma a questa licenza non si deve porre argine quando è dato farlo senza infrangere la libertà individuale? Il debitore accetti pure di pagare i debiti altrui, ma i suoi beni siano in prima linea la garentia dei suoi debiti.

A questo commento dell' egregio romanista noi non possiamo aderire che in parte, poichè è erroneo che il debitore sia libero di contrarre altri debiti. Fuori del caso dell' adizione dell' eredità passiva i romani stessi provvidero ad impedire la lamentata licenza [4]. Il motivo addotto da Ulpiano si può menar buono per il caso da lui studiato, perchè nessun rimedio è concesso ai creditori dell' erede [5]; ma sarebbe indubbiamente falso, per-

[1] Persino quando le obbligazioni erano state assunte fraudolentemente dal defunto, è probabile che i creditori avessero tuttavia diritto di essere soddisfatti sul patrimonio dell'erede, poichè la l. 25 cit. nega l'azione se il contratto fraudolento fu concluso da colui che subisce la venditio bonorum, « is cuius bona venierint », mentre nel caso da noi supposto i bona che si vendono sono dell'erede.

[2] Cfr. anche l. 1 § 5 D. 42. 6. Ulpianus l. 64 ad edictum: « Quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem. Sed nullum remedium est proditum: sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt: [*nisi si extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem eius subvenire, qui talem fraudem commentus est: quod non facile admissum est*].

Abbiamo chiuso tra parentesi l'ultima parte del frammento, che è stata già riconosciuta interpolata. Cfr. Ferrini *Appunti sulla separatio bonorum* in « Archivio giuridico » 63 p. 544.

[3] *Della separaz. del patrim. del defunto da quello dell'erede* n°. 122 in « Digesto italiano » v. Successioni (Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto ai terzi tit. 2).

[4] Che Triboniano sarebbe stato propenso ad eliminare anche nell'accettazione dell'eredità, ne fa prova l'interpolazione della l. 1 § 5 D. 42. 6.

[5] Nondimeno, se si riflette alla portata generale che sembrano avere le parole di Ulpiano « licet alicui rel. », se si osserva che la questione circa la competenza della separatio ai creditori ereditari è esaminata anche nel § 5 della stessa l. 1 D. 42. 6, e non incidentalmente, ma come se essa fosse studiata per la prima volta (« quaesitum est an interdum rel. »), ed infine se si ricorda che l' ultima parte del § 2, come avvertimmo in

chè contraddetto dalla l. 25 più volte citata, se dovesse contenere il principio, che il debitore è libero di contrarre nuovi debiti anche mediante un accordo fraudolento coi nuovi creditori a danno dei vecchi.

f) Riteniamo che le nostre osservazioni non lascino sussistere alcun dubbio sui principii che regolavano questa materia nell'epoca classica, ma pel diritto giustinianeo noi ci troviamo di fronte alle due dichiarazioni poco coerenti delle ll. 3 pr. D. h. t. e 25 D. 42. 5. Non si dura gran fatica a stabilire quale delle due debba prevalere; il pensiero di Giustiniano bisogna indiscutibilmente cercarlo nel testo interpolato. D'altronde l'editto della l. 25 non poteva essere mantenuto in un diritto, che non conosce più l'istituto della venditio bonorum presupposto dalla disposizione edittale; ai creditori con titolo fraudolento Giustiniano non poteva negare l'azione contro il bonorum emptor, bensì contro gli altri creditori ovvero contro il curator distrahendorum bonorum. Meno sicuro è invece, a parer nostro, il fine che si propose Triboniano con l'inserire le parole « sive se obligavit fraudandorum creditorum causa » nella l. 3 pr. cit. Se egli avesse voluto dare contro il titolare del diritto di credito fraudolentemente costituito l'azione revocatoria, noi non potremmo rivolgergli questa volta le lodi che si merita per altre riforme da lui compiute in questo campo. L'inapplicabilità dell'azione revocatoria alle obbligazioni attiene all'essenza stessa dell'istituto; ed i nuovi concetti del patrimonio e della sua diminuzione, quali risulterebbero dal fatto che Triboniano abbia assoggettato alla revoca le obbligazioni, non potrebbero davvero accrescere la nostra stima verso il giurista bizantino. Ma sarà stata questa veramente la sua intenzione? O avrà egli avuto soltanto il proposito di accordare il diritto di escludere dal concorso i creditori il cui titolo fosse viziato da frode, in altri termini, il diritto di opporre l'exceptio fraudatorum creditorum all'azione con cui quelli facessero valere il loro credito? Ci piace almeno dubitare che questa sia stata l'idea di Triboniano, poichè, se

un altro lavoro (*Ancora del diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede* in « Bullettino dell'Istituto di dir. rom. » XIII p. 254 n. 1), è opera dei compilatori, non potrebbe forse l'ombra del sospetto estendersi anche alla proposizione di cui ci occupiamo, « licet alicui rel. » ?

così fosse, egli non avrebbe fatto che adattare al nuovo diritto il principio contenuto nell' editto della l. 25, e non avrebbe commesso se non l' errore teorico di stimare che l' esclusione di quella determinata categoria di creditori dal concorso fosse una conseguenza dell' editto che accorda l' azione revocatoria contro gli atti fraudolenti del debitore.

6. — Tra le questioni più discusse dagli scrittori di diritto comune è certamente quella se siano revocabili i pagamenti fatti dal decotto; e chi pensi all'importanza pratica che essa riveste, non può trovare strano che le monografie tedesche sul tema della revoca si occupino a lungo di questo argomento. Noi, giusta l' economia del nostro lavoro, non faremo la storia e la critica delle opinioni che si sono contese il dominio nella dottrina e nella pratica, ma ci rivolgeremo senz'altro alle fonti.

Del resto la dottrina romanistica è da un pezzo quasi concorde nel ritenere che i pagamenti di debiti scaduti ed esigibili, dai quali dobbiamo prender le mosse, non sono soggetti alla revoca: appena qualche voce isolata [1] si leva ancora a sostenere la tesi contraria. Nondimeno noi crediamo di dover dissentire dagli uni e dagli altri, poichè l' esame delle fonti ci ha convinti che la revocabilità dei pagamenti, esclusa dal diritto classico, è stata ammessa da Giustiniano.

a) Un testo che, a parer nostro, afferma chiaramente l'irrevocabilità, è la l. 6 § 6 D. h. t. [2]; ma i più ritengono che questo frammento contempli un altro caso, e cioè non il pagamento fatto dal fraudator, bensì quello prestato a lui dal suo debitore [3].

[1] Cfr. Laspeyres p. 35 sgg.; Serafini II p. 109 sgg.

[2] Ulpianus l. 66 ad edictum: « Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque ».

[3] Cfr. Huschke XIV p. 31 n. 1; Zürcher p. 21; Fischer p. 11. 17; Laspeyres p. 58; sgg. Struckmann p. 283; Grützmann p. 64 n. 208; Hennig p. 26; Vangerow III § 697 I, 2; Windscheid II § 463 n. 31; Bellavite p. 24 sgg.; Maierini p. 197 sgg. — Lo Schey p. 134 n. 32 crede anch'esso che la prima parte del paragrafo convenga meglio al caso del debitor debitoris che paga a costui, ma pensa che la fine non possa riferirsi che a un pagamento del decotto. — Della nostra opinione sono Meischeider p. 68; Otto p. 58 sgg.; Francke XVI p. 140 sgg. 265. 266; Serafini II p. 115 sgg.

Le parole della legge invero non contrastano a questa supposizione, ma per varii riflessi essa appare poco probabile. Anzitutto non regge la pretesa[1] che « fraudem facere » si dica sempre soltanto del decotto, poichè la l. 6 § 9 D. h. t. dichiara « non videri in fraudem creditorum fecisse » colui che contrattò col debitore « consentientibus creditoribus ». Ed è infondata l'osservazione[2] che Ulpiano non può avere enunciato in due passi immediatamente successivi il principio della irrevocabilità dei pagamenti, poichè, se è vero che alla medesima questione si riferisce anche il § 7 [3], tuttavia la citazione di Giuliano e la dichiarazione di Ulpiano « eoque iure nos uti » non sono mere ripetizioni, ma hanno lo scopo di stabilire una distinzione introdotta da Giuliano, e ignota a Labeone, la cui opinione è riportata nel § 6 [4]. Inoltre non crederemmo che Labeone dovesse sentire il bisogno di affermare con tanta abbondanza di giustificazioni il principio che sono irrevocabili i pagamenti fatti al fraudator. Certo può questi nascondere o dissipare ciò che ha ricevuto dal suo debitore, mentre il credito, se non fosse stato estinto col pagamento, avrebbe aumentato il patrimonio nel quale sono immessi i creditori. Ma come si può far risalire la responsabilità di questo inconveniente al debitore che ha soddisfatto

[1] Cfr. HUSCHKE XIV p. 31 n. 1.

[2] Cfr. LASPEYRES p. 59.

[3] ULPIANUS l. 66 ad edictum: « Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset ».

[4] Alla l. 6 § 7 (nonchè alla l. 10 § 16) D. h. t. si oppone la fine della l. 12 pr. D. 42. 5. — PAULUS l. 59 ad edictum: « Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur, utrum solus is qui petit possidere potest, an, cum unus petit et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit. Et commodius dicitur, cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videri: quod et Labeo putat. Nec videbitur libera persona adquirere alii, quia nec sibi quicquam adquirit, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit: et ideo ceteris quoque prodest. Plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio: aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum: ceteri enim poterunt peragere bonorum venditionem ». — Paolo sembra ammettere la regolarità del pagamento avvenuto dopo la missio in bona; ciò che non si concilia coi due passi di Ulpiano, se non supponendo una di queste tre ipotesi. O il pagamento provenne da altri, non dal debitore: o Paolo, a differenza di Ulpiano, non accettava l'opinione giulianea; o, forse più verosimilmente, il giureconsulto toglieva anche quest'esempio dall'opera di Labeone, che egli cita.

un debito liquido ed esigibile? Poteva forse egli ricusarsi di pagare, solo perchè sapeva che il creditore era insolvibile, o perchè ne conosceva le male intenzioni? Vuolsi anche ricordare che le alienazioni per un corrispettivo equivalente, com' è certamente l' alienazione del credito per la prestazione della cosa dovuta, non sono mai soggette alla revoca. Sicchè non ci pare che Labeone si sia potuto trovare nella necessità di risolvere il dubbio, se si potesse con la revocatoria ottenere di nuovo il pagamento, (giacchè tale sarebbe nella specie il risultato della revoca), d' una obbligazione già soddisfatta regolarmente [1]. L' interpretazione da noi combattuta si appoggia specialmente alle parole « eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse », le quali sembra non possano riferirsi se non al debitore del decotto. Infatti, poichè contro costui si dirigerebbe l' azione, il giureconsulto, cui piace di negarla, ha ragione di dire che sarebbe iniquo ch' egli non paghi impunemente. Al contrario, supponendo che il pagamento sia stato fatto dal decotto, poichè convenuto con l' azione revocatoria sarebbe il creditore che lo ha ricevuto, non si comprenderebbe più perchè si parli di impunità per colui che eseguì il pagamento. Ma anche questo argomento è meno forte di quel che si stima. Già in quanto la rescissione dell' atto fraudolento è una sanzione del divieto pretorio, è lecito dire che siano punite entrambe le parti. E non si deve inoltre dimenticare che il testo è estratto dal commento di Ulpiano alla pauliana, e che questa è un' azione penale, la quale può intentarsi non solo contro il terzo, ma anche contro il fraudator [2].

La frase labeoniana non rende pertanto necessaria l' interpretazione che ha così gran numero di fautori; del resto già altri ne criticò il contenuto [3], ed altri proposero emendazioni [4],

[1] Persino il fisco non può di regola impugnare il pagamento fatto al suo debitore; solamente non è tenuto a riconoscere i pagamenti fatti in mala fede a chi è « in reatu constitutus ». Cfr. l. 46 § 6 D. 49, 14. HERMOGENIANUS l. 6 iuris epitomarum: « In reatu constitutus bona sua administrare potest, eique debitor recte bona fide solvit ».

[2] Ad escludere che nella compilazione giustinianea il passo si riferisca ai pagamenti ricevuti dal decotto, giova anche la menzione del pegno, che, come dimostreremo, è interpolata (v. più oltre n°. 13); sarebbe ridicolo che Triboniano avesse pensato di sottoporre alla revoca il pegno che il fraudator ha ottenuto dal suo debitore.

[3] Cfr. OTTO p. 68.

[4] Cfr. HUSCHKE XIV p. 51 n. 1; FISCHER p. 16 sgg.

di guisa che pare opportuno studiare se essa sia genuina. A questo motivo « eum enim, quem praeses rel. », con cui si giustifica l' irrevocabilità del pagamento, ne segue un altro, enunciato con le parole « totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit », le quali vengono ad esprimere in sostanza lo stesso pensiero. Col primo motivo il giureconsulto afferma che il pagamento non è revocabile, perchè è un atto a cui il debitore può essere costretto; col secondo dichiara che non è revocabile, perchè dall' editto qua commentato sono colpiti soltanto i contratti dipendenti dalla libera volontà delle parti, che si compiono all' infuori d' ogni possibile intervento del magistrato [1]. Orbene quest' ultima ragione non ci pare che aggiunga nulla a ciò che era stato detto con la prima; e però riteniamo poco probabile tanto che ambedue i motivi siano stati addotti de Labeone, quanto che il secondo sia stato aggiunto dal giureconsulto riferente, Ulpiano. Se poi consideriamo che precisamente nella frase discussa ricorre quel « praeses », che non può essere genuino, poichè subito dopo si usa « praetor », e che suonerebbe bene invece sulla bocca dei compilatori [2], crediamo di non ingannarci affermando che, delle due motivazioni, insiticia debba esser la prima. L' emblema, che comprende anche le parole « hoc est eum qui quod sibi debetur receperat » (una spiegazione banale del genuino « qui suum recipiat »), non ha soltanto lo scopo di chiarire la ragione della decisione, ma di limitare la portata del principio enunciato dal nostro paragrafo e confermato dal paragrafo seguente. Il pagamento, compiuto prima della missio in bona, non sarà più irrevocabile per regola generale, ma solamente quando il debitore sia stato costretto a farlo dal « praeses ». Certo da questo passo, considerato indipendentemente dagli altri, non si rileva il significato che noi attribuiamo alla frase interpolata, ma se il lettore avrà la pazienza di seguirci sino alla fine delle nostre ricerche, si persuaderà che esso risponde all' intenzione di Triboniano.

b) Due altri testi che provano come i pagamenti non fos-

[1] Non accade senza ragione che Labeone parli di contratti, anzichè di atti in generale. Chi rammenti che, come noi abbiamo dimostrato (v. INTRODUZIONE n[i]. 7 e 8), la pauliana non s'applicava se non ai negozi (gesta) conclusi dal fraudator « cum eo qui fraudem non ignoraverit », apprezzerà l'esattezza con cui il giureconsulto dice dell' editto ad essa relativo: « totum hoc edictum ad *contractus* pertinere rel. ».

[2] Cfr. § 6 I. 4. 6 « ... bonis eius ex sententia *praesidis* possessis ... ».

sero nel diritto classico soggetti alla revoca, sono la l. 6 § 7 cit. e la l. 10 § 16 D. h. t.[1], di cui l'una probabilmente si riferiva alla pauliana, l'altra all'interdetto. Entrambi i frammenti dimostrano che al tempo di Ulpiano era diritto vigente l'opinione di Giuliano, secondo cui i pagamenti compiuti prima della missio in bona non erano revocabili, ma dopo la missio, « cum iam par condicio omnium creditorum facta esset », anche i pagamenti erano sottoposti alla revoca[2].

c) Molto interessante è la l. 21 D. h. t.[3]. Vi sono esaminati due casi, che il pupillo prima di astenersi dall'eredità paterna paghi uno dei creditori ereditari, e che un debitore qualsiasi soddisfi uno dei suoi creditori essendo insolvente. Sulla prima parte di questo frammento di Scevola e sulla l. 6 §§ 1 e 2 D. 42. 5[4] si è fondata la così detta teoria della gratifica-

[1] Ulpianus l. 73 ad edictum: « Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam et abstulissem ei id quod mihi debeatur, placet Iuliani sententia dicentis multum interesse, antequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit an postea: si ante, cessare in factum actionem, si postea, huic locum fore ».

[2] Le ll. 6 § 7 e 10 § 16 D. h. t. provano che anche gli atti compiuti dopo la missio in bona, poichè il debitore non diviene incapace di disporre del suo patrimonio (cfr. Huschke XIV p. 66 n. 2; Grützmann p. 72 n. 239; Windscheid II § 272 n. 8; cfr. tuttavia Brinz II § 345 n. 9), non erano nel diritto romano nulli, ma semplicemente revocabili. Cfr. Francke XVI p. 131; Reinhart p. 129; Grützmann p. 30; Hennig p. 21 n. 4; Serafini I p. 97. Tuttavia l'opinione contraria ha un discreto numero di seguaci, di cui parecchi sono ricordati dal Serafini loc. cit. n. 1.

[3] Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum: « Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris condicionis sit quam ceteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi: sin vero iuste exegerit, [*ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis*], id quod accepit creditor revocari [*nullo pacto potest*], quoniam alii creditores suae neglegentiae expensum ferre debeant. Quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is optulerit mihi an ego illi extorserim invito et, si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? Sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est; ideoque non revocatur id quod percepi ».

Abbiamo chiuso fra parentesi la parte che crediamo interpolata, secondo che diciamo nel testo.

[4] Paulus l. 58 ad edictum: (§ 1) « Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est, utique si bona fide gessit ». (§ 2) « Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Julianus ait, ne alterius aut neglegentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. Quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Julianus ait ».

tio, la quale sosteneva che l' azione revocatoria competesse ogni qual volta il decotto avesse pagato un creditore a preferenza di un altro, o, come si diceva, avesse pagato « per gratificationem ». Gli avversari di questa teoria, che ebbe gran voga in Germania, a fine di toglierle anche la base apparente nei testi, hanno preteso che il caso contemplato nella l. 6 § 2 D. 42. 5 e nella prima parte della l. 24 D. h. t. sia affatto diverso da quello contenuto nella seconda parte e sia estraneo alla materia di cui ci occupiamo [1]. La dottrina combattuta era erronea, ma anche la pretesa di questi autori è infondata. Lo dimostreremo subito, però prima è necessario vedere quale conto noi possiamo fare della l. 24 cit.

Se fosse giusta l' affermazione del Fabro [2], che appartengono a Triboniano tutte le distinzioni poste dalla nostra legge, noi saremmo costretti a metter da parte questo frammento. Peraltro ci sembra che una critica più severa debba far respingere come eccessive le conclusioni del Fabro. Alterazioni ed aggiunte dei compilatori esistono, ma in misura assai minore. Una delle proposizioni, « ceteri creditores neglexerint exactionem », « quoniam alii creditores suae neglegentiae expensum ferre debeant », appare superflua; se quella circostanza era ricordata nella enunciazione del caso, non occorreva ripeterla nella motivazione della decisione: la forma ci avverte che è interpolata la prima. È poi evidentemente bizantina la enumerazione delle cause del detoriamento della « res », che non si sa bene quale sia. Essendo retto dall' « ut », il verbo « potest » dovrebbe stare al congiuntivo, e « possit » propone appunto il Mommsen; ma « potest » è tribonianeo [3], come forse anche la negazione « nullo pacto » invece del semplice « non » [4].

[1] Cfr. Huschke XIV p. 33 sgg.; Meischeider p. 69 segg.; Reinhart p. 114 sgg.; Mankiewicz p. 47; Otto p. 62 sgg.; Francke XVI p. 251 sgg.; Vangerow III § 697 I 5; Brinz II § 345 n. 5; Windscheid II § 463 n. 31; Sintenis II § 124 n. 26; Puchta *Vorlesung.* § 380 p. 249; Keller *Pand.* § 370 n. 6; Bellavite p. 21 sgg.; Maierini p. 193 sgg.

[2] *Coniectur.* XX 14.

[3] A dimostrare che le parole « ceteri.... perductis » sono insiticie, forse più del loro stesso contenuto, serve codesto errore di sintassi, per cui l' indicativo *potest* sta invece del congiuntivo *possit.* Non è questo infatti il solo caso, in cui i compilatori, dopo le loro aggiunte, mutarono il modo d'un verbo susseguente, producendo una sconcordanza che salta agli occhi per la presenza d'un altro verbo che precede l'interpolazione. Cfr. l. 24 § 1 D. 4. 4, in cui sono emblematiche le parole « nemine cum his contrahente » ed « interdicetur » (invece di « interdicatur »).

[4] Inoltre, poichè l' « ut » è stato adoperato precedentemente in una frase identica (an distinguimus.... ut), crediamo si debba accogliere la correzione, che si trova già nella

Il passo non presenta del resto alcuna vera difficoltà. Dicendosi « si cum in eo essent ut bona debitoris mei venirent », noi crederemmo che non dovesse supporsi già avvenuta la missio in bona [1], perchè altrimenti la decisione di Scevola, che nega la revocabilità, contraddirebbe al principio professato da Giuliano nelle ll. 6 § 7 e 10 § 16 citt. Ma, ancorchè ad altri piacesse di ritenere che Scevola, seguito dal suo discepolo Paolo [2], non accettava la teoria giulianea, questo punto è senza interesse per la nostra indagine.

Riprenderemo poi l'esame della l. 24, per ora constatiamo che alle due questioni sollevate, « an id quod accepit creditor revocandum sit rel. », « quid ergo, si solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me », Scevola dava un' unica risposta: « sed vigilavi..... ideoque non revocatur id quod percepi » [3]. Tanto nel caso del pupillo quanto nel caso del debitore il giureconsulto negava l' ammissibilità della revoca [4]; e contro il creditore pagato dal tutore del pupillo la negava, sia che esso « per gratificationem tutorum » sia che « iuste exege-

Fiorentina, (cfr. MOMMSEN ad h. l.), di « et » in « ut », (an distinguendum est ... *ut*, si extorserim invito rel.).

[1] Cfr. tuttavia MEISCHEIDER p. 70.

[2] Arg. l. 12 pr. D. 42. 5 cit. a p. 194 n. 4.

[3] Il FRANCKE XVI p. 257 reputa che coloro i quali sostengono che Scevola trattasse ugualmente i due casi del pupillo e del debitore in genere, attribuiscano al giureconsulto un discorso contraddittorio. Infatti dove mai, egli scrive, se non nel caso « si optulerit mihi », potrà riscontrarsi un pagamento « per gratificationem »? Ma allora Scevola nel principio del frammento affermerebbe la revocabilità di ogni pagamento « per gratificationem », e nella fine in modo altrettanto generale la escluderebbe. Noi da un lato osserviamo che non è vero che Scevola nella prima parte del passo ammettesse la revoca dei pagamenti « per gratificationem », dall' altro dimostreremo più tardi che la distinzione ripudiata nella fine del testo è diversa da quella precedentemente combattuta.

[4] Crediamo non inutile fare un cenno della interpretazione che dà il LASPEYRES p. 65 sgg. della l. 24 i. f. cit., nonchè delle ll. 6 § 7 e 10 § 16 D. h. t., da cui noi deduciamo la irrevocabilità dei pagamenti. Egli sostiene che queste leggi si limitano a dichiarare che il pagamento non può essere revocato pel solo fatto che il creditore conosceva l' insolvibilità del debitore. A base di questa interpretazione sta un concetto della scientia fraudis, che noi abbiamo altrove (v. cap. IV n°. 1) confutato: del resto è sufficiente riflettere che la questione della revocabilità dei pagamenti non può proporsi, se non presupponendo che il creditore abbia la scientia fraudis che è richiesta per la revoca di un atto a titolo oneroso, e perciò, quando Giuliano nella l. 6 § 7 cit. dichiara che il pagamento non è revocabile « quamvis qui debitam pecuniam recepit sciens prudensque solvendo non esse recipiat », egli non può con queste parole voler designare se non la condizione, la quale, se si trattasse di un negozio giuridico diverso, legittimerebbe l' azione revocatoria. Ma l'errore del Laspeyres meritava di essere rilevato, perchè equivoci simili sono causa di deplorevoli confusioni anche presso i commentatori di diritti diversi dal romano.

rit ». L' opinione di Scevola non era perciò conforme a quella di Giuliano conservataci nella l. 6 § 2 D. 42. 5. Apprendiamo infatti da questo passo che la distinzione, se il pagamento avvenne o no per la gratificatio tutoris, è dovuta al celebre ordinatore dell' editto perpetuo.

d) Più tardi discuteremo il valore di questa opinione: ora fa d' uopo che dimostriamo che anche nell' ipotesi del pupillo la revoca degli atti fraudolenti compiuti prima dell' astensione si ottiene con uno dei mezzi ordinari, e precisamente con l' interdictum utile, come risulta dalla l. 10 § 10 D. h. t. [1]

Già, esaminando la l. 24, vedemmo che Scevola non distingue tra il caso del pupillo e quello del debitore in genere, ma per entrambi propugna la stessa soluzione. Ciò fa credere che le due ipotesi non fossero sostanzialmente diverse, e che, come si applicano gli stessi principii per decidere se abbia luogo la revoca, così competano gli stessi mezzi.

Si obbietta che nel caso del pupillo, il quale soddisfa uno o più creditori ereditari e poi usa del beneficium abstinendi, la questione, se i creditori non soddisfatti possano insorgere contro i pagamenti da lui effettuati, è risoluta col criterio della buona o mala fede del pupillo, senza badare alla scienza del creditore pagato. Ma non è a meravigliare se non si parla espressamente della scienza del creditore, perchè, essendo il pagamento un atto a titolo oneroso, la questione della sua revocabilità non può proporsi se non presupponendo che esista la scienza necessaria all'ammissibilità dell' azione revocatoria.

Per dimostrare che il caso considerato da Giuliano è un caso speciale e va trattato diversamente, bisognerebbe provare che la « repetitio », di cui discute il giureconsulto, si ottiene con un mezzo che non sia uno di quelli concessi ai creditori contro gli atti che li danneggiano. Ora questa prova non è stata fornita, e che sia difficile darla lo comprende chiunque rifletta che per gli atti compiuti dal figlio, « qui se poterat abstinere, et in integrum sit restitutus », la l. 10 § 10 D. h. t. accorda l' interdetto utile; nè si saprebbe trovare alcuna ragione perchè non debba accadere altrettanto riguardo al figlio impubere.

[1] V. cap. V n°. 7.

La fine della l. 6 § 2 D. 42. 5[1] potrebbe far pensare alla condictio. Ma questa (condictio indebiti, sine causa etc.) non può mai intentarsi contro il creditore che ha ricevuto il suo. La ripetizione « quasi indebiti soluti » è ammessa da Scevola per un caso diverso da quello contemplato da Giuliano, il quale supponeva che il pupillo avesse pagato « ex bonis paternis ». Che se invece egli ha soddisfatto qualche creditore con altri mezzi, p. es. coi suoi propri beni, allora nasce la questione di sapere se il pupillo astenutosi dall' eredità, non essendo obbligato verso i creditori paterni, possa farsi restituire ciò che ha pagato e da chi. « Si aliquid sit in bonis », risponde Scevola, potrà rimborsarsi sull' eredità, « deducendum ex hereditate solidum », prima cioè di restituirla a coloro cui può spettare dopo la sua astensione; « si nihil sit in bonis », è equo che abbia la ripetizione verso il creditore pagato « quasi indebiti soluti ». Il « quasi » denota che a rigore non v' è stato pagamento di indebito, poichè il pupillo era tenuto nella sua qualità di erede verso i creditori. Ad ogni modo ciò che merita di essere rilevato si è che il diritto di ripetizione è dato al pupillo, non agli altri creditori rimasti insoddisfatti.

Anche nella l. 61 D. 12. 6[2], in cui parimenti si suppone che i tutori del pupillo abbiano pagato alcuni creditori lasciandone insoddisfatti altri, Scevola decide che i primi siano tenuti verso i secondi: ma anche qui egli studia un caso particolare. Questa volta i tutori pagarono « ex patrimonio paterno », se non che pagarono più (« amplius ») di ciò che era dovuto. È quindi logico che gli altri creditori possano ripetere (con la condictio indebiti) da chi lo ha ricevuto « id quod amplius sui debiti solutum est ».

[1] PAULUS l. 58 ad edictum: « ... et hoc Julianus ait. Apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. Quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debebit nec ne? et utrum a creditore an ex hereditate? Scaevola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia: sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti ».

[2] SCAEVOLA l. 5 responsorum: « Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt, sed postea non sufficientibus bonis pupillum abstinuerunt: quaeritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est vel totum quod acceperunt restituere debeant. Respondi [*si nihil dolo factum esset, tutori quidem vel pupillo non deberi*]; creditoribus [*autem*] aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri ». Dimostreremo nel n°. seguente l'interpolazione delle parole chiuse fra parentesi.

Che Giuliano si riferisse all' azione revocatoria quando per l' ipotesi della gratificatio sosteneva esser equo « aut prius eandem portionem mihi quaeri [1] aut communicandum quod accepisti », è confermato dalla l. 44 D. 29. 2 [2], in cui il giureconsulto suppone che prima di astenersi il pupillo abbia « tutore auctore » venduto un fondo, e dichiara che, sia o no solvibile il pupillo, « ei, qui emerit, succurrendum est ». Che cosa avrebbe potuto temere il compratore? I creditori, dei quali si occupa Giuliano, (« quamvis patris bona sub creditoribus fiant »), non avrebbero, se mai, potuto promuovere contro di lui che un' azione, la revocatoria.

Decisiva è infine la l. 31 D. 4. 4 [3], in cui è fatto lo stesso caso che nella l. 10 § 10 D. h. t.; non si tratta cioè più di un impubere, ma di una « mulier » che « propter aetatem abstinendi causa in integrum restituta fuerit ». Papiniano non ammette la « querella » degli altri creditori « contra eos qui acceperunt ut pecunia communicetur »; e, poichè la l. 10 § 10 per gli atti fraudolenti dell' erede astenutosi dà l' interdetto utile, non si può dubitare che esso, di cui non ci è ignota l' origine ex delicto, sia la « querella » dichiarata inammissibile da Papiniano.

[1] Secondo l' HUSCHKE XIV p. 34 n. 1 « aut prius » non ha senso, perciò egli suppone che sia una corruzione di « aut ulterius ». Ma con questa sostituzione arbitraria non si risolve affatto la difficoltà derivante dalla frase « eandem portionem mihi quaeri ». Come si può dire che il creditore non soddisfatto dal tutore deve avere la stessa « portio » di quello soddisfatto « per gratificationem », se costui fu pagato non di una quota soltanto, ma dell'intero credito? Esattamente si esprime invece Giuliano nella l. 6 § 7 D. h. t. parlando del creditore che ha ricevuto il pagamento dopo la missio in bona, « hunc *in portionem vocandum* exaequandumque ceteris creditoribus ». Noi non saremmo alieni dal supporre che le parole « aut prius eandem portionem mihi quaeri aut » non siano genuine.

[2] IULIANUS l. 47 digestorum: « Quotiens pupillus patri heres exstitit et abstinet se hereditate, quamvis patris bona sub creditoribus fiant, tamen rata haberi debent, quaecumque pupillus bona fide gesserit: et ideo ei, qui fundum tutore auctore a pupillo emerit, succurrendum erit: nec interest, pupillus solvendo sit nec ne ».

Che nel l. 47 digest. Giuliano si occupasse della revoca degli atti fraudolenti del debitore, prova anche la l. 17 D. 39. 6, estratta dallo stesso libro, nella quale si afferma che la donatio mortis causa è rescindibile, anche se il debitore non abbia avuto il « consilium creditorum fraudandorum », poichè una tale donazione è da equipararsi al legato, che « ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutile est ».

[3] PAPINIANUS l. 9 responsorum: « Si mulier, postquam heres extitit, propter aetatem abstinendi causa in integrum restituta fuerit,... si quidam ex creditoribus pecuniam suam ante restitutionem ab ea reciperassent, ceterorum querella contra eos qui acceperunt ut pecunia communicetur, non admittetur ».

Pertanto, non solo non è possibile dimostrare che nel caso del pupillo la revoca si ottenga in altro modo [1], ma l'esame degli stessi testi che si adducono dagli avversari serve a provare che si applicano al pupillo i medesimi principii e i mezzi medesimi che a qualunque fraudator.

Nè più salde appaiono le ragioni con le quali, a prescindere dai testi, viene difesa l'opinione che noi reputiamo errata. Si è detto che il pupillo non è autorizzato a pagare, che egli paga invece del vero debitore; e certo è indiscutibile che di fronte al diritto pretorio il pupillo astenutosi « non habetur pro herede ». Ma ciò non giustifica la tesi che non si debba aver riguardo all'animo del terzo che trattò col pupillo, bensì solamente alla mala fede di costui, di guisa che i creditori soddisfatti « per gratificationem » sarebbero obbligati a « communicare quod acceperunt » ancorchè dal canto loro avessero agito in buona fede. Senza riflettere che quando pagava il pupillo era il vero debitore, e lasciando pure di considerare che ad ogni modo ha pagato coi beni dell'eredità, è da osservare che anche nel caso della l. 96 pr. D. 46. 3 [2] il creditore del tutore non è soddisfatto dal suo debitore, ma dal debitore del pupillo, e che, se qua il creditore è esposto alla revoca solamente « si eum consilium fraudis participasse constabit », non c'è ragione di non richiedere la stessa condizione anche in confronto del creditore pagato dal pupillo poscia astenutosi. Giacchè è evidente che, se nella specie risoluta da Papiniano il creditore del tutore è in regola quando si lascia pagare in buona fede dal delegato del proprio debitore, tanto più lo sarà il creditore che riceve ciò che gli è dovuto dall'erede, prima dell'astensione considerato tale anche dal diritto pretorio, del suo debitore. È dunque fuori di dubbio che anche per la revoca del pagamento, come di ogni altro atto oneroso, è necessaria la scientia fraudis.

Ciò non ostante, per giungere a dimostrare che il caso del

[1] Il Brezzo p. 347 ritiene che ai creditori danneggiati da un pagamento compiuto dal pupillo « per gratificationem » competesse, per ottenere un più congruo riparto, un'actio in factum concepta. Ma di quest'azione non è traccia nelle fonti.

[2] Papinianus l. 1 responsorum: « Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit ».

pupillo è retto da principii diversi, il Francke [1] sostiene che con l' astensione è venuto meno *ex post* il fondamento su cui riposava la validità degli atti del pupillo, e che quindi, come si considera annullata la qualità di erede del pupillo, così dovrebbero esserne rescissi gli atti. Che se questi vengono rispettati in quanto furono compiuti « bona fide », ciò accade per un principio di equità ammesso contro la conseguenza logica del diritto. Se non che forse in tal modo si rovesciano i termini della questione. La logica rigorosa del diritto civile porta che « semel heres semper heres », solamente l' equità pretoria considera che il suus astenutosi non sia erede. Perciò nel nostro caso si tratterà di vedere fino a che punto il pretore ignori la qualità civile di erede in chi ha usato del beneficium abstinendi; e noi non crederemmo che questa regola si possa estendere sino ad aver per nulli i pagamenti di debiti compiuti dall' erede civile [2]. Comunque, il pretore nol fece. Gaio [3] delinea esattamente l' essenza dell' istituto pretorio, dicendo degli eredi necessari che si astengono: « quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non datur ». Ora è noto che il pagamento di un debito realmente esistente, quando fu fatto con l' intenzione di pagare precisamente quel debito, è valido, chiunque sia la persona che lo compie [4]; e con maggior ragione deve quindi dirsi che il creditore ha ben ricevuto, se chi lo paga è l' erede, il quale « iure civili » è obbligato a farlo.

Se siamo riusciti a provare che rispetto alla questione della revocabilità il pagamento eseguito dal pupillo, e in genere dall'erede che poi si astiene, non differisce dal pagamento compiuto da un debitore oberato qualunque, noi siamo autorizzati ad aggiungere alle ll. 6 §§ 6 e 7 e 10 § 16 D. h. t., oltre la l. 24 D. eod., anche le ll. 6 § 2 D. 42. 5 e 31 D. 4. 4, le quali tutte fanno testimonianza che il diritto classico non ammetteva

[1] XVI p. 251 sgg. Cfr. anche Fischer p. 15 sgg.

[2] Cfr. la l. 44 D. 42. 1, in cui Scevola dichiara che si dà l'actio iudicati contro il sostituto e i coeredi del pupillo in base alla condanna ottenuta contro di lui prima della sua astensione, e la l. 90 D. 46. 3, in cui lo stesso giureconsulto afferma che il curator bonorum patris è tenuto a riconoscere la liberazione del debitore che restituì al figlio il denaro appartenente all'eredità paterna da lui ricevuto in mutuo.

[3] l. 57 pr. D. 29. 2.

[4] Arg. l. 65 § 9 D. 12. 6; cfr. l. 19 § 1 D. eod., l. 38 § 2 D. 46. 3, l. 31 D. 5. 3.

la revoca dei pagamenti di debiti civili scaduti. Prescindiamo ora dall' opinione divergente di Giuliano nell' ipotesi della gratificatio, la quale, date le nostre premesse, avrebbe dovuto valere, non soltanto per l' erede astenutosi, ma per qualunque debitore, se non fosse stata esplicitamente respinta da Scevola nella l. 24 D. h. t. cit. e implicitamente da Papiniano nella l. 31 D. 4. 4 cit.

e) L' irrevocabilità dei pagamenti risulta infine dalla l. 25 § 1 D. h. t. [1], secondo l' interpretazione che noi crediamo la sola conforme al pensiero di Venuleio. A torto il Laspeyres pretende che il giureconsulto equiparasse il marito, che riceve la dote dal suocero insolvente, al creditore, che riscuote il suo credito dal decotto, e che perciò il creditore debba essere soggetto alla revoca, se conosce l' insolvenza, come lo è il marito. Invece Venuleio vuole stabilire che la revoca della dote non è ammessa contro il marito ignaro della frode, ed è per dimostrare che egli non va trattato come un acquirente a titolo gratuito che il giureconsulto lo paragona al creditore [2]. Per lo scopo a cui tende il suo ragionamento, non occorre che la condizione del marito, « qui ignoravit », sia uguale a quella del creditore, che è stato soddisfatto mentre ignorava l' insolvenza del suo debitore, ma basta che possa paragonarsi la costituzione di dote al pagamento di un debito [3].

f) La prima parte del compito che ci eravamo prefissi, di dimostrare cioè che la regola vigente nel diritto classico è l' irrevocabilità dei pagamenti, è esaurita; e noi potremmo intraprendere la dimostrazione della norma accolta nel diritto giustinianeo, se non stimassimo opportuno di confutare un argomento contrario alla nostra tesi dedotto dalla l. 96 pr. D. 46. 3 [4].

Per avviso forse della maggioranza degli interpreti il debitore insolvente, sul cui patrimonio avviene il concorso dei creditori, è il tutore [5]: ma questa opinione è certamente errata. Il

[1] VENULEIUS l. 6 interdictorum: « ... in maritum autem, qui ignoravit, non dandam actionem, *non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit* ».

[2] Il paragone non merita le censure del MEISCHEIDER p. 64.

[3] Cfr. FRANCKE XVI p. 142; REINHART p. 116 sgg.; FISCHER p. 13; OTTO p. 64; VANGEROW III § 697 I 3; SINTENIS II § 124 n. 26; BELLAVITE p. 23.

[4] Che si può leggere da noi riportata a p. 203 n. 2.

[5] Cfr. CUIACII *in lib. XI respons. Papiniani* ad h. l. (*Opera* IV 1318); REINHART p. 117 sgg.; ZÜRCHER p. 13 sgg.; FISCHER p. 14; VANGEROW III § 697 I 4; WINDSCHEID II § 463 n. 31; SERAFINI I p. 33 sgg.

tutore, nel caso contemplato dal nostro frammento, ha delegato il debitore del pupillo a pagare al suo creditore; ma con ciò egli non ha diminuito il proprio patrimonio, e l'atto da lui compiuto non può quindi dar vita all' interdictum fraudatorium, poichè mancherebbe anzitutto il presupposto essenziale dell' eventus damni. Inoltre chi ha diritto di promuovere l'interdetto è il pupillo, il quale diviene creditore del tutore soltanto per effetto della delegazione; sicchè ne deriverebbe che la revoca spetti ad un creditore posteriore all' atto fraudolento [1].

Questi scogli si evitano ritenendo che il decotto, contro l' atto fraudolento del quale è dato l' interdetto, sia il debitore del pupillo. Se, pagando per delegazione del tutore ad un creditore di quest' ultimo, egli fu in buona fede, è liberato verso il pupillo, « liberatio contigit »: invece se fu connivente col tutore, il debito non si estingue. Il pupillo conserva pertanto l'azione contro il suo debitore: ma essa potrebbe riuscire inutile, se il debitore fosse insolvibile. Peraltro, soggiunge Papiniano, il pupillo ha anche l' interdictum fraudatorium contro il creditore del tutore. Ed è infatti assai facile verificare che nel pagamento compiuto dal debitore del pupillo ricorrono tutti gli estremi per l' ammissibilità della revoca. Poichè egli non consegue la liberazione dal debito, col pagare a persona diversa dal suo creditore, aliena una parte del suo patrimonio senza un corrispettivo equivalente: esiste dunque la diminuzione del patrimonio, esiste il consilium fraudis, poichè è provato che egli ha accettato la delegazione « malo consilio cum tutore habito », ed è quindi logico che, se alla sua volta il creditore del tutore che ha ricevuto il pagamento fu consapevole della frode, « si eum consilium fraudis participasse constabit », sia tenuto con l' interdetto.

Certo è che il passo ammette la revoca di un pagamento, ma vuolsi osservare che il debitore del pupillo paga a chi non è suo creditore, e, quando pure si preferisse l'opinione avversaria, secondo cui il fraudator è il tutore, non si dovrebbe trascurare di avvertire che egli soddisfa il suo creditore col denaro

[1] Il passo è reso dai *Bas.* XXVI 5. 96 in modo da favorire l' interpretazione che noi combattiamo; ma, se lo stile forse troppo sintetico del responso papinianeo ha tratto in inganno i bizantini, non è questo un motivo per imitarne l' errore.

altrui; mentre, allorchè si discute se il pagamento sia revocabile, si suppone che il debitore abbia pagato col proprio patrimonio. Si tratta adunque nella l. 96 pr. cit. di un caso speciale, al quale Papiniano applica elegantemente i principii del la revoca, come dovevamo aspettarci dal fine ingegno del celebre giureconsulto [1].

7. — Triboniano non accettò nè la teoria di Giuliano, per cui si doveva distinguere secondo che il pagamento era stato o no fatto « per gratificationem », nè quella dominante nel diritto classico, per cui i pagamenti erano costantemente sottratti alla revoca. Invece il giurista bizantino ne ammise la revocabilità.

Non è impossibile che questa nostra affermazione sembri soverchiamente audace, poichè certo è ad essa sfavorevole l'impressione che si riceve da così forte numero di testi, i quali contengono il principio contrario e sono stati riprodotti nel Digesto. Nè vorremo noi negare che Triboniano abbia interpolato troppo poco. Ciò malgrado, è giusto considerare che le ll. 31 D. 4. 4 e 6 § 2 D. 42. 5 si trovano fuori del nostro titolo, la prima nel titolo « de minoribus », la seconda in quello « de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis »; la questione della revoca dei pagamenti vi è trattata a proposito di altri argomenti, o per lo meno insieme con altri, di guisa che è facile spiegare l'inavvertenza dei compilatori, i quali non badarono che quegli estratti affermavano un principio abrogato. La prova che, se i due testi non fossero loro sfuggiti, non li avrebbero lasciati intatti, ci è fornita dalla l. 61 D. 12. 6 [2]. Il caso studiato da Scevola è questo: i tutori del pupillo pagarono col patrimonio paterno alcuni creditori, e poi, essendosi accorti che l'eredità era insufficiente, fecero astenere il pupillo. Poichè i tutori aveano pagato più del dovuto, si domandava se i creditori fossero obbligati a restituire soltanto il di più, « quod amplius per tutores solutum est », ovvero tutto ciò che aveano ricevuto, « vel totum quod acceperunt ». La risposta che si legge attualmente nel passo è così concepita: « si nihil dolo factum es-

[1] Il caso è bene esposto da HUSCHKE XIV p. 84; MANKIEWICZ p. 34 n. 1; SCHEY p. 167 sgg.; OTTO p. 65.

[2] Riferita sopra a p. 201 n. 2.

set, tutori quidem vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri ». Alla prima lettura non si afferra che cosa dipenda dalla condizione « si nihil dolo factum esset »; potrebbe dipenderne il diritto del tutore o del pupillo, potrebbe dipenderne quello degli altri creditori, o anche tutt' e due ad un tempo. Ma quanto ai creditori è chiaro che, se essi hanno diritto di farsi restituire « id quod amplius debiti solutum est » nel caso che « nihil dolo factum esset », a fortiori lo avranno nel caso contrario: di modo che si è costretti a pensare che alla condizione surriferita sia sottoposto soltanto il diritto del tutore o del pupillo. Ora il dolo può esistere in entrambe le parti, il tutore che eseguì e i creditori che ricevettero il pagamento, o in una sola di esse. Non occorre fermarsi a considerare l'ipotesi che sia in dolo il tutore, o anche il tutore ed i creditori insieme, perchè sarebbe assurdo che « si quid dolo tutoris factum esset » il tutore acquistasse un diritto che non ha quando è immune da dolo. Ma nemmeno nella terza ipotesi, che siano in dolo i creditori, si comprende che cosa dovrebbe essere restituito al tutore (o al pupillo), e per quale ragione. Invero il pagamento è avvenuto « ex patrimonio paterno », ed il caso è diverso da quello discusso in fine della l. 6 § 2 D. 42. 5 cit., « si aliunde pupillus solverit », in cui Scevola accordava al pupillo contro i creditori soddisfatti la « repetitio quasi indebiti soluti ».

Dobbiamo pertanto confessare che non sappiamo trovare alcun rapporto tra la condizione « si nihil dolo factum esset » ed il responso del giurista. E quand' anche altri fosse più fortunato di noi, nondimeno la decisione « tutori quidem vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis.... teneri » non corrisponderebbe al quesito proposto, poichè si disputava sull' oggetto della restituzione, « an quod amplius.... solutum est vel totum quod acceperunt restituere debeant », non sulle persone a cui essa doveva esser fatta. D' altra parte non può piacere al lettore di buon gusto che il primo verbo « deberi » sia costruito impersonalmente, mentre il secondo « teneri » ha per soggetto sottinteso « creditores ». Così neanche si sa giustificare perchè nella decisione si trasformi in singolare (« tutori ») un sostantivo che per ben due volte è adoperato al plurale (« tutores »)

nella enunciazione della questione. In connessione con questi riflessi non può non sorgere o accrescersi il sospetto circa il « quidem... autem ». Infine, se noi ricerchiamo donde derivasse il dubbio « an totum quod acceperunt restituere debeant », non potremo scorgerne la causa se non nella teoria della gratificatio, a tenor della quale solamente era ammissibile la revoca del pagamento effettuato dai tutori. Ma Scevola, ce lo ha appreso la l. 24 D. h. t., non accettava questa teoria, e però egli non poteva dare alcun peso al dolo delle due parti.

Rade volte la critica può raccogliere così copiosi e concordanti indizi contro la genuinità di un passo, come noi ne abbiamo desunti dalla forma e dal contenuto della l. 61 cit.; di guisa che non è ardito attribuire a Triboniano le parole « si nihil dolo factum esset, tutori quidem vel pupillo non deberi » e « autem ». Scevola, conformemente alla sua opinione, decideva che i creditori soddisfatti non erano tenuti a restituire agli altri creditori tutto ciò che aveano ricevuto, ma solamente « id quod amplius sui debiti solutum est ». Con le parole « tutori quidem vel pupillo non deberi » Triboniano volle avvertire che al tutore o al pupillo, che ha pagato « ex patrimonio paterno », non è dovuta la restituzione nè dell' intera somma nè di quella pagata in più: la quale regola è indiscutibilmente esatta, ma n' è qui superfluo il ricordo. Ad ogni modo, poichè al tutore non spetta alcun diritto, solamente il diritto degli « alii creditores » potrà esser soggetto alla condizione « si nihil dolo factum esset ». Ora il nostro testo enuncia due pretese che possono essere affacciate dai creditori, l' una che ha per oggetto l' « id quod amplius sui debiti solutum est », l' altra che si estende al « totum quod acceperunt »; il diritto a ripetere la somma indebitamente pagata, se esiste nel caso che il pagamento non sia avvenuto dolosamente, deve con maggior ragione esistere nel caso contrario; quindi fa d'uopo ritenere che l'interpolatore, nell'ipotesi che il pagamento non sia stato compiuto fraudolentemente, abbia voluto accordare soltanto la ripetizione dell' indebito, nell' ipotesi contraria, la restituzione dell' intera somma pagata. La revocabilità dei pagamenti pel diritto giustinianeo non potrebbe essere dimostrata meglio che con l' emblema « si nihil dolo factum esset » della l. 61 D. 12. 6.

Nel titolo del Digesto (42. 8), che è la sede propria della nostra materia, si possono mostrare alcuni testi, in cui la menzione dei pagamenti è stata interpolata, ed altri, che anche nella loro forma genuina si riferivano a questo stesso tema, ma sono stati alterati dai compilatori. Nessun frammento, che affermi esplicitamente l'irrevocabilità dei pagamenti, o che non sia suscettivo di un'interpretazione che lo metta d'accordo con la norma accolta dal diritto giustinianeo, è stato inserito nel titolo senza aver subìto la mano di Triboniano: e tale fatto è certamente degno di rilievo, e deve attenuare di molto i dubbi che si potessero avere sulla portata e sullo scopo delle interpolazioni stesse.

Cominciamo dai passi che non riguardavano originariamente i pagamenti. La l. 3 pr. D. h. t., ormai lo sappiamo [1], è in gran parte opera dei compilatori. Tra gli esempi di atti fraudolenti che essa adduce, ve n'è uno così concepito: « sive numeravit pecuniam ». Gli scrittori, che hanno fermato l'attenzione su questa frase, hanno creduto che essa alluda ai pagamenti [2]. E l'interpretazione è anche appoggiata dalla circostanza che questo esempio tien dietro all' altro « sive se obligavit fraudandorum creditorum causa »: infatti è molto naturale che si ricordino insieme le obbligazioni e i pagamenti, posto che ambedue questi atti siano soggetti alla revoca. Ma per le obbligazioni noi abbiamo dimostrato il contrario, ed abbiamo anche visto che vi sono pure motivi formali per ritenere emblematica la frase « sive se obligavit rel. »; ugualmente per i pagamenti la loro irrevocabilità nel diritto classico è cosa assodata, ed anche la forma depone contro la genuinità delle parole « sive numeravit pecuniam ». Un giurista classico, qualunque cosa egli avesse avuto in animo di significare, non si sarebbe mai espresso in questo modo; giacchè una « numeratio pecuniae » può accadere per molte cause, e ciò che rileva giuridicamente è lo scopo per cui si fa la « numeratio ». Il giureconsulto avrebbe piuttosto nominato il negozio che il fraudator intendeva concludere, per es. la donazione, la costituzione di dote, che sono certamente revocabili, il mutuo, che potrebbe esserlo, quando il mutuatario

[1] V. sopra p. 184 sgg., e Anno 1901 p. 337. sgg.
[2] Cfr. Laspeyres p. 94 sgg.; Huschke XIV p. 26 n. 5.

fosse insolvibile e il mutuante lo sapesse, anzichè la numeratio che è soltanto un mezzo. Ora l'indeterminatezza dell'espressione, se sarebbe censurabile in uno scrittore classico, può perdonarsi a Triboniano, cui la fretta del lavoro non permetteva di indugiare intorno alla scelta dei vocaboli più appropriati.

Anche dell'interpolazione della l. 25 § 3 D. h. t. [1] ci siamo occupati sotto un diverso punto di vista in altro luogo [2], ma per l'argomento che ora studiamo occorre dimostrare l'emblema del pronome « eius ». È chiaro che esso si riferisce a « dominus », di guisa che il servo è comandato di « accipere » dal debitore del padrone; ma che cosa potrà ricevere da costui se non il pagamento del debito? La conclusione, a cui si è indotti da questo passo, è che il pagamento sia revocabile: ma, ricordando ciò che osservammo nel n°. precedente a proposito del § 1 della l. 25, possiamo escludere che questa fosse l'opinione di Venuleio. A sospettare che l'« eius » non sia genuino noi non siamo i primi [3], ma, mentre altri pensarono ad un glossema, noi crediamo che non si possa dubitare che si tratti di una vera interpolazione, dopo che abbiamo messo in luce il significato che assume il testo con l'aggiunta di quel pronome, ed abbiamo scoperto altre interpolazioni, che al pari di questa hanno lo scopo di assoggettare alla revoca i pagamenti che ne erano esclusi dal diritto classico. « Debitor » era chiamato da Venuleio, come si usa frequentemente nei testi relativi al nostro tema [4], il decotto: Triboniano ne ha fatto un debitore del dominus, da cui il procurator per mezzo del servo si fa pagare il debito, sapendo che quegli « fraudandi ceperat consilium ».

Indubbiamente la l. 6 §§ 6 e 7 D. h. t. prova che nel diritto classico i pagamenti compiuti prima della missio in bona non erano revocabili: ma l'interprete, che ricerca quale sia il principio vigente nel diritto giustinianeo, ed ha già potuto constatare che tre frammenti sono stati interpolati per introdurvi la regola opposta a quella del diritto classico, che ammette la

[1] VENULEIUS l. 6 interdictorum: « Si procurator ignorante domino, cum sciret debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus ».

[2] V. cap. IV n°. 7.

[3] Cfr. LENEL *Paling.* II p. 1213 n. 4; MOMMSEN ad h. l.

[4] Cfr. l. 6 § 7, l. 7, l. 9, l. 10 §§ 3. 16, l. 20, l. 21 D. h. t.

revocabilità dei pagamenti, quando legge nel § 6 il brano interpolato « eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse », è in obbligo di riflettere se l'interpolatore abbia voluto soltanto aggiungere un motivo per giustificare l'irrevocabilità dei pagamenti, o se non abbia anche inteso di limitarla al caso in cui effettivamente il decotto fu costretto a pagare dal magistrato. Questa distinzione, che a noi moderni può parere infelice, era ragionevole per Triboniano, il quale non sapeva come far assumere la qualità di fraudolenta alla condotta del debitore che si lascia condannare al pagamento di un debito valido ed esigibile, ed esegue la sentenza; in ogni caso si deve ammettere che egli potesse reputare di togliere, con la distinzione adottata, ogni contraddizione fra la l. 6 e le altre leggi da lui interpolate.

Nella l. 24 D. h. t. abbiamo notato la sostituzione di « potest » a « possit »: ma con questo cambiamento del modo del verbo il periodo « sin vero iuste exegerit, rel. » è stato sciolto dalla dipendenza originaria (« an distinguimus per gratificationem acceperit an non, *ut si* per gratificationem... revocetur.... *sin vero* iuste exegerit.... revocari non possit »), di guisa che ora esso afferma che il pagamento non è revocabile, se fu giusto (« si iuste exegerit, id quod acceperit creditor revocari non potest »). Per opera dei compilatori il periodo suaccennato non pone più la domanda, ma enuncia la decisione, a tenor della quale l'« iniusta solutio » è revocabile; ed ingiusto, come risulta dagli altri testi esaminati, è il pagamento fatto da chi aveva il consilium fraudandi, e ricevuto dal creditore consapevole.

Vero è che la seconda parte del frammento di Scevola non è stata alterata, e vi è quindi ancora affermata la irrevocabilità del pagamento. Ma forse la natura della questione discussa dal giureconsulto può spiegare perchè Triboniano non credette necessario il suo intervento. La prima questione, se si dovesse distinguere tra il pagamento avvenuto e quello non avvenuto « per gratificationem », non era meramente scolastica, ma aveva un rilevante interesse pratico, poichè la distinzione rigettata da Scevola era stata sostenuta da un giureconsulto di grande autorità, nientemeno che dall'ordinatore dell'editto perpetuo, ed il sistema giulianeo, come dimostreremo in appresso, non è poi tanto

strano quanto si penserebbe guardando al ridicolo di cui è stata ricoperta dagli avversari la dottrina tedesca della gratificatio. Invece il silenzio delle fonti non ci permette di decidere se da una divergenza fra giureconsulti fosse provocata anche l'altra questione, se sia ammissibile la distinzione, per cui nell'ipotesi « si extorserim invito » si farebbe luogo alla revoca, ed il contrario accadrebbe nell'ipotesi « si non extorserim », o, in altre parole, se il debitore « obtulerit mihi ». Certo, se mai qualcuno ebbe a trattare differentemente i due casi, non fu Giuliano. Di lui infatti la l. 10 § 16 D. h. t. riporta una « sententia » che nega l'applicabilità dell'interdetto, quando prima della missio in bona « debitorem....... consecutus essem fugientem.... et abstulissem ei id quod mihi debebatur »; siamo ben lungi, come si vede, dall'ipotesi che il debitore « obtulerit mihi ». Noi non esitiamo a lodare Scevola di aver respinto quella distinzione, sia venuta in mente a lui o ad altri, tanto più che non comprendiamo bene su quale fondamento essa potrebbe poggiare. Si tratta di sapere se il creditore abbia diritto di ricevere il pagamento dal decotto conoscendone l'insolvenza, ma, se questo diritto si ammette, non può non essere indifferente, rispetto alla questione della revocabilità, il modo col quale egli riesce a farsi pagare. Sebbene il creditore, che spinge la sua vigilanza al punto che suppongono Giuliano nella l. 10 § 16 e Scevola nella l. 24, debba essere spesso consapevole dell'insolvibilità del proprio debitore, tuttavia nè l'« auferre » nè l'« extorcere pecuniam » implicano necessariamente la scientia fraudis. Di guisa che l'interpretazione del Laspeyres [1], secondo cui la l. 21 affermerebbe unicamente che l'azione revocatoria non può intentarsi per il semplice fatto che il pagamento sia stato estorto, se non coglie il vero pensiero del giureconsulto classico, potrebbe nondimeno rendere il significato che la legge ha nella compilazione giustinianea.

Della l. 10 § 16 un'interpretazione consentanea al nuovo diritto è ancora più evidente che non della seconda parte della l. 21. Infatti essa racchiude lo stesso concetto che Triboniano ha insinuato nella l. 6 § 6 cit.; se in questa il compilatore ha sot-

[1] p. 69.

tratto alla revoca il caso che « praeses invitum solvere cogat », in quella si dichiara irrevocabile il pagamento ottenuto con la forza, « si abstulissem ei id quod mihi debebatur ». Per dirla in breve, l'ultima parte della l. 21 e il § 16 della l. 10 non furono interpolati, perchè potevano essere intesi in modo da non contraddire al principio accolto nel diritto giustinianeo.

Per lo stesso motivo fu conservato il paragone, che Venuleio faceva, tra il marito che ignorava il consilium fraudis del suocero da cui gli era costituita la dote, ed il creditore che « a fraudatore quod ei deberetur acceperit ». L'intenzione del giureconsulto classico non era quella di uguagliare la condizione di queste due persone solamente nel caso che fossero ignari della frode; ma, come gli interpreti moderni [1] poterono pensare che in forza della l. 25 § 1 D. h. t. il creditore fosse soggetto alla revoca non altrimenti che il marito quando è consapevole della frode, così anche Triboniano potè dare a questo frammento una interpretazione, che non corrispondeva al pensiero del suo autore, ma era conforme ai principii ammessi dal giureconsulto bizantino.

Un'ultima prova in favore della nostra opinione, che per diritto giustinianeo i pagamenti di debiti civili scaduti sono revocabili, ci è fornita dai Basilici (IX 8. 25). Tra i §§ 2 e 3 della l. 25 si legge un breve periodo [2], a cui riguardo l'Heimbach confessava che nè egli nè il Fabrot erano stati capaci di ritrovare il passo corrispondente del Digesto. Fu lo Zachariae [3] il primo che, dopo aver notato che nè motivi intrinseci nè estrinseci dimostrano che sia qui penetrata un'impura inserzione di epoca posteriore, sostenne che questo passo dovesse annoverarsi tra quelli che figuravano nei manoscritti più completi del fiorentino posseduti dai greci. A lui si associò il Lenel in una nota della Palingenesia [4], dichiarando che quelle parole doveano esser cadute nella Fiorentina. Se non che quei motivi intrinseci, che lo Zachariae avea cercato inutilmente, noi ora, non sembri presuntuoso il dirlo, siamo riusciti a metterli in luce. Naturalmente non pos-

[1] Cfr. Laspeyres p. 62 sgg.; Serafini II p. 125 sgg.

[2] « Εἰ ὁ βλάψας ἀγνοοῦντι τῷ δανειστῇ δῷ τό χρέος, οὐκ ἀνατρέπεται τὸ πραχθέν. — Si fraudator ignoranti creditori debitum solverit, non revocatur quod gestum est ».

[3] « *Zeitschr. der Sav. Stiftung f. Rechtsg.* » 8 (1887) p. 213.

[4] II p. 121 n. 3.

siamo e non vogliamo decidere, se il periodo in questione sia stato inserito nel testo della l. 25 dai compilatori e semplicemente tradotto dallo scrittore bizantino. Questo punto non ci interessa: si ammetta o si neghi che il testo della Fiorentina debba essere completato col brano desunto dai Basilici, ciò che ci importa di stabilire si è che cotesto periodo non può essere stato scritto da Venuleio, poichè in esso si afferma che il creditore soddisfatto dal fraudator non è soggetto alla revoca purchè abbia ignorato la frode, mentre il principio classico, accettato anche da Venuleio, era che nulla dovesse temere il creditore che riceveva il suo, « quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat ». Invece il principio che risulta dal testo dei Basilici, è conforme a quello che si ricava, come abbiamo visto, dal § 3 della stessa l. 25, ed anche dalle parole « in maritum qui ignoravit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit » del pr., quando se ne dia quella interpretazione che falsa il pensiero di Venuleio, ma che rende il significato che il passo deve avere nella compilazione giustinianea, e che deve quindi avergli attribuito anche l' autore dei Basilici.

8. — Se non c' inganniamo, la nostra dimostrazione esegetica è forse tale da convincere che il diritto romano classico ritenne inapplicabili i mezzi revocatorii (interdetto e azione pauliana) ai pagamenti di debiti scaduti [1], e che al contrario Giustiniano ammise che fossero soggetti all' azione revocatoria [2]. Dob-

[1] Un caso singolare è quello della l. 63 § 5 D. 17. 2. ULPIANUS l. 31 ad edictum: « Si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus, deinde alius socius cum eodem agat et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an hic qui minus consecutus est cum eo agere possit qui solidum accepit ad communicandas partes inter eos, id est exaequandas, quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus alium minus consequi? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem ». È chiaro che la soluzione equitativa qua accolta, cui si perviene mediante l' actio pro socio, vale soltanto nei rapporti fra soci. Del resto essa è giustinianea: cfr. PAMPALONI *Sul calcolo della competentia* ecc. in « Studi senesi » XV p. 300.

[2] A ciò credere non fa ostacolo la l. 22 § 4a sgg. C. 6. 30, in cui Giustiniano dispone che l'erede, che ha accettato l'eredità col beneficio dell'inventario, debba pagare i creditori a misura che si presentano, fino a concorrenza dell'attivo dell'eredità; e coloro, che arrivassero dopo esaurito l' asse ereditario, abbiano soltanto regresso contro i legatari che fossero stati precedentemente soddisfatti. Si può con ragione osservare che l'erede, che ha compiuto l'inventario, e conosce lo stato del patrimonio del defunto, potrebbe an-

biamo ora cercare quale sia il fondamento di queste due opposte dottrine.

Varie ragioni sono state addotte dagli scrittori per giustificare il principio che esclude la revocabilità dei pagamenti; ma è opportuno esaminar prima quelle che si trovassero nelle fonti.

Giuliano e Scevola giustificano il principio classico col riflesso che il creditore soddisfatto « sibi vigilavit » e « ius civile vigilantibus scriptum est »[1]. La motivazione non pecca davvero di chiarezza: ogni creditore provvede al proprio interesse come meglio può e sa, gli altri che rimasero inerti, per ignoranza o per indolenza, o furono meno abili, o più sfortunati, imputino a se stessi o alla cattiva sorte di essere stati prevenuti.

Ma da un lato questa teoria pare che induca a fare un'eccezione al principio pel caso della « gratificatio », dall' altro può sembrare che il fatto indiscutibile, che il creditore ricevendo il pagamento, « sibi vigilat », non sia un buon motivo per esonerarlo da ogni responsabilità, quando egli sa che il patrimonio del debitore non basta per pagar tutti.

Allorchè il debitore soddisfa un creditore « per gratificationem », non si può più dire degli altri creditori che « suae neglegentiae expensum ferre debent »; invece anch' essi furono dal canto loro diligenti, e non è colpa loro se il debitore preferì pagare ad un altro che chiedeva parimenti di essere soddisfatto, o, peggio ancora, non s' era mosso nè punto nè poco.

Queste considerazioni dovettero persuadere Giuliano, che fu il creatore della teoria della « gratificatio », ma non impedirono a Scevola, come anche a Papiniano, di ritenerla infondata: sicchè a codesta teoria, la quale ha trovato tra i romanisti moderni qualche strenuo difensore e molti fieri avversari, toccò la stessa sorte anche presso i giureconsulti classici. Se non che l'e-

che sapere l'ammontare del passivo, di guisa che potrebbe compiere dei pagamenti « consilio fraudandi ». È certo la disposizione della l. 22 cit. non combina perfettamente colla norma accettata dal diritto giustinianeo circa la revoca dei pagamenti; ma, poichè questa costituzione è dell'a. 531, essa non toglie che al momento della compilazione del Digesto Triboniano potesse professare un' altra opinione intorno alle condizioni nelle quali è lecito esigere il pagamento da un debitore insolvente.

[1] Cfr. l. 6 § 7 e l. 24 D. h. t. Così pure a proposito dell' imputazione, nel peculio di « quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset » Ulpiano (l. 29 ad edictum) dichiara: « si alii solvit, non dubito de hoc quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum » (l. 21 pr. D. 15. 1).

same di quelle che ad altri[1] parvero splendide confutazioni del sistema della « gratificatio », ci ha indotti nell'opinione che da una parte e dall' altra si sia molto esagerato. Il Francke ha certo buon giuoco quando combatte chi vuole distinguere diversi gradi di diligenza nei creditori, secondo che abbiano interpellato più volte il debitore o più presto l' abbiano convenuto in giudizio[2], chi si stima costretto dalla logica del sistema ad ammettere che il creditore debba più volte interpellare il debitore comune prima di accettare il pagamento, anche se gli venga offerto spontaneamente, e via di questo passo. Sarebbe inutile negare che il risultato di questa teoria non è nè opportuno nè pratico; ma è giusto dire che in tal modo, traendolo ad applicazioni strane ed assurde, si getta il ridicolo[3] su d' un concetto che, se possiamo e dobbiamo discutere, è pur necessario ricordare che fu sostenuto da Giuliano, di cui viene frainteso il pensiero. « Utroque instante », ecco la condizione a cui il giureconsulto sottopone la revoca. Se più creditori domandano di essere pagati, ed il debitore paga ad uno in guisa che gli altri non possano più essere soddisfatti integralmente, un tale pagamento è revocabile[4]. Ora questa regola non racchiude nulla di artificioso e di complicato; Giuliano non si è sognato affatto di graduare la diligenza dei creditori, e di fare del pagamento un premio al più petulante, ma, come dopo la missio in bona riteneva[5] che fosse uguale la condizione di tutti i creditori, « par condicio omnium creditorum facta est », così prima, nel caso che due o più creditori domandassero il pagamento, reputava che non si dovesse permettere al debitore di pagarne uno a preferenza degli altri, ma dovessero tutti esser trattati alla pari. Nel pensiero del giureconsulto la richiesta del pagamento accomunava la sorte di tutti i creditori che l'aveano fatta, e perciò era una illecita gratificatio quella del debitore che ne soddisfaceva uno solo. Giuliano non aveva del resto bisogno d' indicare sotto quali

[1] Cfr. MAIERINI p. 192.

[2] Cfr. i citati dal FRANCKE XVI p. 135 n. 20.

[3] Così il GRÜTZMANN p. 47 (cfr. anche FISCHER p. 12) parla di comiche barzellette che si connettono alla teoria della « gratificatio ».

[4] Il principio giulianeo è formulato abbastanza bene da UNTERHOLZNER *Schuldverhältnisse* II § 348 p. 99, il quale peraltro lo dà come regola vigente nel diritto giustinianeo.

[5] Cfr. l. 6 § 7 D. h. t. riferita a p. 194 n. 3.

presupposti un pagamento compiuto in queste condizioni fosse revocabile; essi sono gli stessi che occorrono per la revoca di ogni altro atto del debitore, che questi sia consapevole della propria insolvenza, e che di essa abbia notizia il creditore soddisfatto [1]. Ond' è che col prescindere dalla scienza del creditore, la dottrina, un dì prevalente in Germania [2], tradiva ancora una volta il vero concetto del giureconsulto, e si meritava nuovamente le critiche che non offendono punto Giuliano.

Ma basti della opinione particolare di questo giurista, e torniamo al motivo con cui egli e il suo avversario Scevola giustificavano l' irrevocabilità dei pagamenti. Il riflesso, che il creditore soddisfatto « sibi vigilavit », è parso buono anche a taluni interpreti [3]; ma altri [4] in questo argomento scorge addirittura una petizione di principio. Senonchè Giuliano e Scevola non erano così volgari ragionatori, come li farebbe apparire il loro critico: il motivo che essi adducono è efficace, ma per apprezzarlo conviene approfondirne il significato, ossia è d' uopo cercare la causa che rende possibile il fatto della vigilanza da parte del creditore. Scevola vi accenna dicendo che « ius civile vigilantibus scriptum est »; l' ordinamento giuridico romano non ha imposto l' uguaglianza fra i creditori di un decotto, ha mantenuto integro il diritto di ciascuno a essere soddisfatto, e però la frode esula dai pagamenti.

Queste osservazioni saranno chiarite in seguito, non volendo qui prevenire la conclusione a cui farà capo più tardi il nostro discorso. Ora continuiamo nella rapida rassegna delle opinioni che sono state emesse circa il fondamento dell' irrevocabilità dei pagamenti. Si è preteso di trovarne un' altra giustificazione testuale nella l. 6 § 6 D. h. t.: « eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit »[5]. Peraltro dei due motivi espressi in questa legge,

[1] Ciò che non è necessario si è ch'egli conosca che altri creditori domandano contemporaneamente di essere pagati.

[2] Cfr. tuttavia gli autori citati dal Francke XVI p. 138 n. 24.

[3] Cfr. tra altri Bellavite p. 26; Brezzo p. 351.

[4] Cfr. Serafini II p. 137.

[5] Appunto il Francke XVI p. 133 sgg. considera l' irrevocabilità dei pagamenti come un'eccezione alla norma generale dell' editto, determinata da ciò che il creditore può esigere il pagamento coi mezzi giudiziali.

il primo, come già dimostrammo [1], vi fu inserito dai compilatori, e serve a limitare la portata della decisione, il secondo è dovuto a Labeone, ma non crediamo che differisca sostanzialmente da quello addotto da Giuliano e Scevola. Il giureconsulto ci insegna che l'editto sulla pauliana riguarda soltanto i contratti volontariamente conclusi dal fraudator, e non quegli atti a cui il debitore può essere costretto. Ora chi ha diritto di ricorrere al magistrato per ottenere la soddisfazione del debito è il creditore; sicchè Labeone viene a dire che il pagamento è irrevocabile, perchè il creditore ha diritto di esigerlo. Come vedremo più tardi, avrebbe torto chi stimasse che questo sia un circolo vizioso.

Però, essendo state male intese, le dichiarazioni delle fonti non poterono appagare gli interpreti, i quali cercarono altrove il fondamento della irrevocabilità dei pagamenti. Alcuni [2] sostennero che, quando il decotto paga un debito civile scaduto, non v'ha diminuzione di patrimonio, perchè « bona intelleguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt » [3]. Non v'ha dubbio che la giurisprudenza classica osservasse rigorosamente il presupposto della diminuzione; e lo rispettarono anche i compilatori, poichè appena un lieve dubbio ci è dato sorprendere nell'emblema della l. 69 (67) § 2 D. 36. 1 [4]. Ma l'errore sta nel modo di concepire il patrimonio che deve essere diminuito; noi l'abbiamo già censurato, ed abbiamo dimostrato [5] che agli effetti dell'istituto revocatorio il patrimonio non può essere considerato in astratto e nel rapporto fra l'attivo e il passivo, ma in concreto, cioè come il complesso dei beni che costituiscono la garentia delle ragioni dei creditori. Invero l'attivo è destinato a coprire il passivo, esso è utilizzato dai creditori per la propria soddisfazione; e quindi i mezzi revocatorii sono diretti ad impedire che sia diminuito l'attivo del patrimonio. Ora è evidente che un debitore che paga uno o più creditori, aliena una

[1] V. sopra p. 196.
[2] Cfr. Huschke XIV p. 32 sgg.; Zürcher p. 9; Schönemann p. 21; Simoncelli op. cit. p. 387; Brezzo p. 551; De Palo in « *Filangieri* » XXIV (1899) p. 188.
[3] l. 39 § 1 D. 50. 16.
[4] V. sopra n°. 1.
[5] V. sopra n° 5.

parte del suo patrimonio, « desinit habere quod habet », diminuisce i « bona » coi quali devono essere soddisfatti gli altri creditori: di guisa che per l'ammissibilità della revoca potranno far difetto altre condizioni, ma non certo quella della « deminutio patrimonii ».

Del resto, per dimostrare che il pagamento produce quella diminuzione del patrimonio che è necessaria perchè l'atto fraudolento sia revocabile, v'ha una prova testuale che fu rilevata dallo Struckmann [1]. Se il patrimonio non diminuisse, come avrebbe potuto Giuliano nella l. 6 § 7 e nella l. 10 § 16 D. h. t. sostenere la revocabilità del pagamento avvenuto dopo la missio in bona? L'argomento è così stringente, che, per confutarlo, bisognerebbe dimostrare che in questo caso il giureconsulto prescindeva dal requisito della diminuzione.

Ad altri scrittori è parso di poter escludere nei pagamenti l'esistenza di altri presupposti della revoca. Così molti affermano che il creditore soddisfatto non può essere in dolo [2]; il Maierini [3] invece ritiene che il pagamento non sia revocabile perchè non può esistere il consilium fraudis da parte del debitore. Non è difficile persuadersi che entrambe queste opinioni sono erronee. Infatti il debitore può conoscere la sua insolvibilità ed aver coscienza del danno che col pagare intieramente uno dei suoi creditori reca agli altri; e ciò appunto costituisce il dolo del fraudator. Ugualmente, benchè possa sembrare che la prima opinione sia appoggiata dal testo di Paolo (l. 21 ad edictum): « nihil dolo creditor facit, qui suum recipit » [4], il creditore soddisfatto può essere consapevole della insolvenza del debitore, e può perciò possedere la scientia fraudis. Soccorrono anche qui le fonti; Giuliano scrive nella l. 6 § 7 D. h. t.: « qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, *quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat,* non timere hoc edictum »; ora se il *quamvis* deve avere un senso logico, esso non può voler dire se non questo, che nel caso concreto non si

[1] p. 278 sgg. Cfr. anche FISCHER p. 19.

[2] Cfr. REINHART p. 111; SCHÖNEMANN p. 22; MANKIEWICZ p. 48; VANGEROW III § 697 I 1; SINTENIS II § 124 n. 26 ecc. Contra SCHEY p. 135 n. 35.

[3] p. 198 sgg.

[4] l. 129 D. 50. 17.

fa luogo alla revoca, benchè esista quella scienza dell' acquirente che è la condizione necessaria per ammetterla.

Come si vede, la ricerca del fondamento dell' irrevocabilità dei pagamenti ha imbarazzato gli interpreti, ma essa non presenta alcuna intrinseca difficoltà. Poichè la fraus creditorum è un delitto, ed abbiamo dimostrato che nei pagamenti esiste l'elemento subbiettivo, dobbiamo indagare se faccia o no difetto l'elemento obbiettivo del reato. Nè la decisione può esser dubbia. Non bastava che il pretore proibisse gli atti fraudolenti del decotto, perchè tra essi potesse noverarsi il pagamento, ma occorreva anche togliere al creditore il diritto di esigerlo, poichè altrimenti « qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam ». Questo principio è così fondamentale, e così vero in ogni tempo ed in ogni luogo, che duole saperlo misconosciuto e travisato anche da giuristi di non comune valore. Ma un equivoco simile non potevano commettere i giureconsulti romani. Quando Paolo afferma che « nihil dolo creditor facit qui suum recipit », non intende escludere nel creditore la scienza delle conseguenze dannose per gli altri creditori che può produrre il suo atto, ma nega che egli faccia cosa obbiettivamente dolosa, appunto perchè l' atto da lui compiuto non è contrario al diritto. Per lo stesso motivo Labeone[1] scriveva « eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere », esprimendosi in guisa da non suscitare, neppure apparentemente, i dubbi cui potè dar luogo la locuzione di Paolo. Si comprende quindi perchè Scevola e Papiniano non distinguessero l'ipotesi della « gratificatio ». Che importa l' animo del debitore? Paghi pur egli « per gratificationem », non per questo vi sarà frode, finchè si ammette che il creditore abbia diritto di essere soddisfatto. Giuliano, che riteneva che il pagamento fatto in quelle condizioni fosse revocabile, giungeva a questa conclusione, perchè egli pensava che il creditore non avesse diritto di esigere il pagamento a preferenza di altri creditori che lo chiedevano contemporaneamente a lui. Appunto ciò negavano Scevola e Papiniano, e però circa la revocabilità dei pagamenti « per gratificationem » essi erano d'opinione opposta. Invece la revoca dei pagamenti compiuti dopo la missio in bona fu ammessa, almeno dalla

[1] Cfr. l. 6 § 6 D. h. t.

giurisprudenza prevalente, perchè si ritenne, d'accordo con Giuliano, che « post bona possessa par condicio omnium creditorum facta esset ». Ma « ante bona possessa » la giurisprudenza classica fu d'avviso che la condizione dei creditori non fosse « par », in altre parole che essi non avessero diritto ad un trattamento uguale, nel quale presupposto soltanto il pagamento avrebbe potuto essere revocato [1].

Qualche autore ha voluto spiegare l' irrevocabilità dei pagamenti sancita dal diritto classico con ragioni desunte dalla specialità della procedura romana [2]. Si è detto che il procedimento romano non era un vero concorso, che il suo centro di gravità era riposto nelle mani dei creditori che aveano ottenuto l' immissione in possesso senza alcuna cooperazione essenziale del pretore, che non si aveva riguardo all' interesse degli altri creditori, ma era lasciato alla sollecitudine dei creditori immessi nel possesso decidere del modo come volevano giungere alla loro soddisfazione. Da parte nostra non pretenderemo che le forme della bonorum venditio romana rispondano a tutti i requisiti che si desiderano oggi nella procedura di concorso; ma altra questione è il vedere se esse non soddisfacessero abbastanza i bisogni del commercio giuridico romano, ed è certo esagerata la descrizione dei loro difetti che ci porgono codesti autori [3]. Ad ogni modo con questo genere di ragionamenti non si arriva a dimostrare perchè il pagamento di debiti civili scaduti fosse irrevocabile, ma si potrà tutt' al più apprendere i motivi pei quali il diritto classico ha riconosciuto al creditore la facoltà di farsi pagare anche dal decotto. Peraltro questa pure è un' indagine, che presenta solamente un interesse storico, e non ha affatto l' importanza dommatica che riveste lo studio diretto a stabilire il fondamento del principio classico circa l' irrevocabilità dei pagamenti.

Del resto chi voglia ricercare per quali ragioni il diritto romano classico non ha vietato al decotto di far pagamenti, e

[1] È difficile, o addirittura impossibile, per l'imprecisione e l'oscillanza del linguaggio adoperato, escludere che qualche autore non abbia avvertito il vero fondamento dell'irrevocabilità dei pagamenti: cfr. p. e. SCHEY p. 134, ed anche SCHÖNEMANN p. 22. Invece abbastanza chiaramente si esprime lo STRUCKMANN p. 280 sgg.

[2] Cfr. FISCHER p. 21 sgg.; OTTO p. 67 sgg.

[3] Cfr. GRÜTZMANN p. 51 sgg.

ai creditori suoi di esigerli, quando il patrimonio non basta per tutti, farà bene, per non isbizzarrirsi con la fantasia, a insistere su questo riflesso, che la completa uguaglianza fra i creditori di un insolvente è la meta ideale a cui tende ogni ordinamento giuridico, e che quindi anche a Roma non poteva essere se non il prodotto d'una continua evoluzione. Ora abbiamo visto che Giuliano introdusse il principio per cui si garantiva la soddisfazione egualitaria dei creditori dopo la missio in bona, e sostenne, benchè al suo tentativo non abbia arriso la fortuna, che anche prima della missio in bona più creditori istanti dovessero essere pagati proporzionalmente; Triboniano riprese l'opera del giureconsulto classico proclamando la revocabilità dei pagamenti, in qualunque tempo siano avvenuti. Il sentimento dell'uguaglianza fra i creditori di uno stesso debitore era vivo nella coscienza del giurista bizantino, maturo era ormai il principio che i beni del debitore sono la comune garanzia dei creditori e che tutti vi hanno un ugual diritto; nè le pretese imperfezioni del procedimento concorsuale romano, che si potrebbero con lo stesso fondamento rimproverare anche alla procedura giustinianea, potevano stornare il legislatore dal proposito di far ragione ai bisogni del credito e del commercio, togliendo al creditore consapevole dell'insolvenza del suo debitore [1] il diritto di essere soddisfatto dal decotto in pregiudizio dei concreditori.

Nondimeno rimaneva ancora un passo, l'ultimo e il più difficile a compiersi, per toccare la cima. Triboniano ha bene proibito che il debitore paghi spontaneamente, ma se il creditore adisce il magistrato e ottiene la condanna del debitore, questi dovrà pure pagare, e il danno degli altri creditori sarà inevitabile. Con l'emblema della l. 6 § 7 cit. Triboniano si rassegnò a questa eventualità; egli non sospettava neppure che il diritto moderno, imponendo al debitore l'obbligo di fallire, avrebbe coronato l'arduo lavoro in cui rifulse la forza dei due grandi giureconsulti del secondo e del sesto secolo dell'era nostra. Il debitore

[1] Che il creditore debba possedere la scientia fraudis, per essere soggetto alla revoca, risulta dalla l. 25 § 3 D. h. t., « si procurator..... cum *sciret* debitorem eius fraudandi cepisse consilium rel. », dalla fine della l. 25 § 1 D. eod., secondo il significato che abbiamo dovuto attribuirle nella compilazione giustinianea, nonchè dal brano dei Basilici riferito sopra nella n. 2 di p. 214.

paga fraudolentemente, anche quando vi è costretto dal magistrato, poichè può e deve evitare la condanna dichiarando il fallimento [1].

9. — Abbiamo così esposto le norme che circa la revoca dei pagamenti vigevano nel diritto classico e nel diritto giustinianeo, ne abbiamo determinato il fondamento, e, se mai i risultati del nostro studio fossero esatti, essi ci renderanno più facile la via di ulteriori ricerche, che alla lor volta serviranno a confermarli. Fin qui abbiamo parlato solamente dell' ipotesi che il debito sia scaduto, ora bisogna supporre l'ipotesi contraria. Essa è contemplata in due luoghi delle nostre fonti, la l. 10 § 12 [2] e la l. 17 § 2 [3] D. h. t.; ma la presenza di questi passi non ha impedito agli interpreti di propugnare due soluzioni diverse. Non v' ha dubbio che, poichè il creditore non ha diritto di esigere più di ciò che gli spetta, l'interusurium, di cui egli gode nel pagamento anticipato, costituisca una liberalità, che deve restituire, ancorchè avesse ignorato la frode [4]. Se non che alcuni autori [5] ritengono che la responsabilità del creditore pagato non si limiti all' interusurium, quando la scadenza del debito sarebbe stata posteriore all' immissione in possesso. Poichè dopo la missio in bona il creditore non avrebbe potuto esser pagato a pre-

[1] Come risulta dalle ll. 18 § 10, 19, 20 e 21 D. 49. 14 e dalla l. 5 C. 7. 73, il fisco poteva anche nel diritto classico far revocare i pagamenti compiuti dal suo debitore. Ma che non si tratti di un'eccezione alle norme dell'azione revocatoria comune, fu già osservato da noi nel cap. II n°. 10. (In questo senso cfr. anche FISCHER p. 90 sgg.). Qui noteremo che il fisco può impugnare i pagamenti senza bisogno di provare il consilium fraudis del debitore, e che gli altri creditori debbono subire la revoca anche se abbiano ignorato che il loro debitore era « publicus debitor ».

[2] ULPIANUS l. 73 ad edictum: « Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri ».

[3] IULIANUS l. 49 digestorum: « Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi: nam praetor fraudem etiam in tempore fieri intellexit ».

[4] Non è da tacere a questo proposito che entrambi i testi citati si riferivano originariamente all' interdetto.

[5] Cfr. FRANCKE XVI p. 266 sgg.; LASPEYRES p. 75 sgg.; MEISCHEIDER p. 74; SCHEY p. 135 sgg.; OTTO p. 73 sgg.; GRÜTZMANN p. 80 sgg.; SERAFINI II p. 141 sgg. Contra REINHART p. 118 sgg.; ZÜRCHER p. 20; SCHÖNEMANN p. 17 sgg. 23 sgg.; MANKIEWICZ p. 48 sgg.; FISCHER p. 27 sgg.; WINDSCHEID II § 463 n. 35; VANGEROW III § 697; DERNBURG II § 145 n. 9; SINTENIS II § 124 n. 26; KELLER § 379 n. 7; BELLAVITE p. 28 sgg.; MAIERINI p. 201 sgg.; BREZZO p. 505 sgg.

ferenza degli altri creditori, ma avrebbe dovuto partecipare al concorso, dove avrebbe ottenuto tutt' al più una quota del suo credito, questi scrittori pensano che si debba ammettere la revoca della somma pagata in quanto superi ciò che il creditore a termine avrebbe conseguito concorrendo con gli altri.

Noi non stimiamo necessaria una minuta critica degli argomenti con cui viene difesa questa opinione, giacchè essi si riconnettono strettamente al modo di concepire il fondamento dell' irrevocabilità dei pagamenti, e per confutarli noi dovremmo ripetere cose già dette. Così il Francke[1], partendo dalla sua tesi che il pagamento sia irrevocabile perchè si può esigere giudizialmente, conclude che è soggetto alla revoca il pagamento anticipato, perchè a questo il debitore non può esser costretto. D' altro canto anche gli autori che patrocinano l' opinione da noi accettata adducono argomenti, che gli avversari hanno potuto facilmente combattere, e che noi dobbiamo ripudiare, se vogliamo esser coerenti a ciò che abbiamo esposto nel n°. precedente. Il Vangerow[2] per es. contrasta la tesi della revocabilità dei pagamenti anticipati affermando che anche in questo caso il creditore non può essere in mala fede. Ma agevolmente potè obbiettare l' Otto[3] che la quotidiana esperienza ci insegna come non di rado intervengano fra il decotto ed alcuni creditori accordi fraudolenti il cui risultato è che essi siano pagati anticipatamente.

Il Fischer[4] osserva che nel diritto classico, se il bonorum emptor avesse ripetuto con la pauliana il pagamento anticipato, il creditore avrebbe avuto diritto di detrarre con la deductio il suo credito, benchè questo non fosse ancora scaduto; sicchè l' azione revocatoria non avrebbe altro effetto che la restituzione di ciò che è stato sborsato in più del valore che aveva il credito all' epoca del pagamento. Ma questo ragionamento del Fischer, a tacer d' altro[5], non è accettabile, perchè nè la pauliana nè l'interdictum fraudatorium spettano al bonorum emptor.

[1] XVI p. 266.
[2] III § 697. Cfr. anche Reinhart p. 118; Mankiewicz p. 49.
[3] p. 73.
[4] p. 29 sgg.
[5] Cfr. Grützmann p. 80 n. 270.

Il Maierini[1] fa valere la considerazione che l'epoca dell'immissione in possesso è determinata da circostanze affatto accidentali, e non è giusto che da essa dipenda la revoca totale o parziale del pagamento. Ma questo riflesso perde ogni forza, solo che si ricordi che esso non ha impedito a Giuliano di dichiarare revocabili i pagamenti avvenuti dopo la missio in bona.

Contro la teoria del Francke e dei suoi seguaci lo Schönemann[2] ha opposto che il criterio col quale si vorrebbe misurare il danno da risarcirsi è troppo incerto, poichè nella grande maggioranza dei casi è molto difficile, o anzi impossibile, lo stabilire se e per quanto il creditore preferito sarebbe stato soddisfatto in un eventuale concorso. Più precisamente, sapendo che la missio in bona era sufficiente per legittimare la revoca, noi diremo che i mezzi revocatorii potevano essere esercitati quando ancora non era noto se e quanto il creditore avrebbe ottenuto dalla venditio bonorum.

Ma il vero motivo, per cui pensiamo si debba respingere l'opinione del Francke, è che l'obbligazione esiste pure mentre pende il termine; anche prima della scadenza il debitore paga un vero debito (prova ne sia che non è ammessa la ripetizione), ed il creditore, benchè non possa reclamare il pagamento, nondimeno, accettandolo dal debitore, « recipit suum », salvo, beninteso, il commodum medii temporis. Nè l'opinione avversaria è legittimata dalla circostanza che dopo la missio in bona i pagamenti non sono più leciti, poichè un tal fatto è la conseguenza della « par condicio creditorum », la quale non si è peranco verificata; ed a rendere l'atto fraudolento non basta la possibilità che essa si verifichi prima della scadenza del debito, giacchè, se si trattasse di stabilire l'esistenza del consilium o della scientia fraudis, si potrebbe tener conto della previsione di una futura eventualità, ma, per decidere se, al momento in cui è compiuto, un atto sia o no contrario al diritto, non è lecito fondarsi su ciò che può divenirlo più tardi.

Gli autori da noi combattuti si giovano per la loro tesi anche del passo di Giuliano, alle cui parole, « tantum praestabit, quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi », essi

[1] p. 205.
[2] p. 18 sgg.

attribuiscono un significato più largo che non alle parole di Ulpiano, « in eo quod sensi commodum in repraesentatione *interdicto* locum fore ». Se con queste ultime s' indica l' interusurium, con le prime invece si estende l' obbligazione della moglie fin dove giunge l' interesse dei creditori a che la dote venga restituita a suo tempo; ed è ovvio che i creditori hanno interesse che non si compia anticipatamente quella restituzione la quale sarebbe scaduta in un tempo posteriore alla missio in bona. Ma, se questa fosse stata l' intenzione di Giuliano, se cioè egli avesse avuto un' opinione diversa da quella di Ulpiano, l' avrebbe certamente enunciata in termini più espliciti. D' altro canto conviene riflettere che nel caso concreto si tratta di un credito dotale, che è privilegiato, di modo che, eccettuata l' ipotesi che il patrimonio non basti neppure per pagare tutti i creditori privilegiati, la donna sarebbe stata interamente soddisfatta anche se avesse preso parte al concorso; donde segue che proprio nell' esempio fatto da Giuliano l' interesse dei creditori comprende di solito unicamente l' interusurium, e perciò il giureconsulto avrebbe scelto un caso poco adatto per esprimere la sua opinione, dato che essa fosse quella che suppongono i nostri avversarii. Se non che veramente Giuliano concorda con Ulpiano [1] nell' affermare che « praetor fraudem etiam in tempore fieri intellegit », ciò che vuol dire che la frode non sta mai nel pagamento, ma nell' anticipazione; e ciò che si revoca non può essere se non il vantaggio che il creditore risente dal tempo, quale è soltanto l' interusurium [2].

Ciò che si è detto finora vale per il diritto classico; ma nel diritto giustinianeo, in cui, come abbiamo dimostrato nel n°. 7, fu ammessa la revoca dei pagamenti di debiti scaduti, è logico che subiscano la stessa sorte anche quelli effettuati prima della scadenza, senza riguardo all' epoca, anteriore o posteriore

[1] Il Laspeyres p. 76 ha avvertito la contraddizione che con la sua interpretazione si verrebbe ad ammettere tra la l. 17 § 2 e la l. 10 § 12, e penserebbe di eliminarla correggendo arbitrariamente il testo di Ulpiano (*ideo* ovvero *eo* invece di *in eo*), o intentendolo allo stesso modo di quello di Giuliano, per la quale interpretazione egli si fonda sull'uso dell'ablativo « in eo » e sulla perifrasi « commodum... in repraesentatione ». Ma sono sforzi inutili.

[2] È troppo pessimistica l'asserzione del Grützmann p. 81 che i testi non decidano nulla nè in un senso nè nell' altro.

alla missio in bona, in cui essa si sarebbe verificata: e però i compilatori non avrebbero dovuto riprodurre le ll. 10 § 12 e 17 § 2 citt. che contengono il principio classico.

10. — I nostri autori [1] si occupano anche della revocabilità del pagamento di un' obbligazione sotto condizione sospensiva, e su per giù applicano a questo caso gli stessi principii che ammettono pei debiti a termine. La maggior parte (Francke, Otto, Grützmann, Bellavite) vuol distinguere secondo il tempo in cui si sarebbe verificata la condizione: se dopo la missio in bona, la revoca ha luogo per l'intera somma pagata, se prima, è revocabile solamente l'interusurium. Qualcuno (Mankiewicz, Schönemann) crede che il pagamento di un debito sottoposto a condizione sia sempre revocabile, in qualunque tempo si verifichi la condizione. Altri (Zürcher, Fischer) ritengono che, almeno in qualche caso, per l'efficacia retroattiva dell' avveramento della condizione, non possa farsi luogo alla revoca; secondo lo Zürcher, neppure limitatamente all' interusurium. In generale poi questi scrittori si accordano nell'affermare che non vi può esser dubbio sulla revocabilità del pagamento di un' obbligazione condizionale, se, al momento in cui si esercita l'azione revocatoria, la condizione è mancata o è ancora pendente. Inoltre vi sono opinioni particolari su casi speciali, ma è inutile riferirle, poichè, a nostro avviso, la soluzione della questione di cui trattiamo è assai semplice.

Infatti o il debito condizionale è pagato per errore prima che si sia verificata la condizione, o scientemente. Nel primo caso il debitore non può avere il consilium fraudandi, ed è assurdo pensare alla revoca; egli invece può ripetere il pagamento con la condictio indebiti, e quest' azione potranno esercitare, ove occorra, anche i creditori danneggiati. Nel secondo caso, non solo è possibile che esista la frode, ma è anche certo che il debitore paga ciò che non è ancora dovuto; o, in altri termini, piuttosto che soddisfare un' obbligazione, il debitore compie una liberalità [2]. È questo un riflesso non trascurabile, anzitutto perchè

[1] Cfr. FRANCKE XVI p. 269; ZÜRCHER p. 22 sgg.; SCHÖNEMANN p. 22 sgg.; MANKIEWICZ p. 51; FISCHER p. 32 sgg.; OTTO p. 76 sgg.; GRÜTZMANN p. 82 n. 275; BELLAVITE p. 29 sgg.; MAIERINI p. 206 sgg.; SERAFINI II p. 144 sgg.

[2] È il caso di rammentare ciò che scrive Paolo (l. 42 ad edictum): « Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est » (l. 53 D. 50. 17).

ne viene di conseguenza che il creditore soddisfatto sia soggetto alla revoca, anche se ignaro della frode, mentre, se si trattasse di revocare il pagamento, sarebbe necessario provare la scientia fraudis del convenuto, essendo il pagamento un atto a titolo oneroso; e poi perchè ci mostra che in questo caso l' azione revocatoria non è concessa contro un vero e proprio pagamento, bensì contro una prestazione gratuitamente fatta dal debitore al creditore condizionale. È quindi indifferente che la condizione si verifichi o meno, che essa si verifichi prima o dopo l' immissione in possesso. Queste circostanze potrebbero essere influenti, quando dal creditore si pretendesse la restituzione del pagamento come tale; ma invece il creditore è obbligato a restituire ciò che ha ricevuto, perchè egli non aveva diritto di esigerlo ed il debitore lo diede sapendo di nuocere ai suoi creditori.

Da questo punto di vista, dal quale noi dobbiamo considerare la cosa coerentemente a ciò che abbiamo osservato nei n[i]. precedenti, non importa nulla che il debitore abbia eseguito la prestazione con l' intendimento di adempiere l' obbligazione; la circostanza giuridicamente rilevante è che al momento in cui si effettuava il pagamento, esso non era dovuto, nè le future vicende dell' obbligazione condizionale, qualunque esse siano, possono distruggere questo fatto. Pertanto è logico che non dipenda da esse nè l'ammissibilità nè l' ampiezza della revoca del pagamento di un' obbligazione condizionale; ma si deve ritenere che, poichè un tale pagamento, compiuto mentre pende ancora la condizione, costituisce una liberalità, esso sia in ogni caso ed interamente revocabile.

11. — Divise sono le opinioni anche intorno alla questione se sia soggetto alla revoca il pagamento d' un' obbligazione naturale, benchè prevalga quella che n' afferma l' irrevocabilità [1].

[1] In favore della revocabilità si pronunciano Francke XVI p. 269; Huschke XIV p. 52; Zürcher p. 23 sgg.; Arndts-Serafini II § 228 n. 3; Serafini II p. 145 sgg. Per la tesi opposta sono Reinhart p. 122; Mankiewicz p. 50 sgg.; Schey p. 134; Otto p. 77 sgg.; Grützmann p. 54 sgg.; Windscheid II § 463 n. 34; Vangerow III § 697 III; Brinz II § 145 n. 8; Sintenis II § 124 n. 29; Maierini p. 207 sgg. Il Fischer p. 34 sgg. distingue tra le obbligazioni naturali che si possono opporre in compensazione e quelle che non producono questo effetto; egli ritiene irrevocabile solamente il pagamento delle prime. Il Bellavite p. 31 sgg. propone un'altra distinzione, che per equivoco attribuisce al Fischer: il pagamento sarà irrevocabile, se chi è tenuto per un debito naturale lo adempie per sodisfare ad un dovere di coscienza o per errore credendosi obbligato civilmente, non lo sarà, se egli agisce precipuamente con l'intendimento di nuocere agli altri creditori.

Le ragioni sulle quali s' appoggia l' opinione contraria non sono davvero molto resistenti alla critica: il Francke sostiene che il pagamento dell' obbligazione naturale debba essere revocato, perchè, altrimenti che nell' obbligazione civile, il creditore non ha azione, e quindi il debitore compie un atto volontario, non coercibile; il Zürcher pensa che, se il pagamento fu prestato « malo consilio » a chi era consapevole della frode, sia revocabile, perchè il diritto non può consentire che la disonestà si nasconda sotto il manto della pietà o della convenienza.

Noi, rispetto al diritto classico, seguiamo l' opinione che ritiene essere il pagamento dell' obbligazione naturale irrevocabile, al pari di quello dell'obbligazione civile; ma non potremmo accettarne gli argomenti. Infatti è erroneo asserire, come fa il Reinhart, che il pagamento delle obbligazioni naturali debba essere sottratto alla revoca, perchè il creditore non è in mala fede: se per questa s' intende, come noi abbiamo dimostrato, la scienza dell' insolvibilità del fraudator, essa può indiscutibilmente esistere anche in colui che riceve il pagamento d' un' obbligazione naturale. Il Vangerow sostiene che non può esservi dolo nella vigilanza del creditore, perchè essa è specialmente necessaria nel caso d' un' obbligazione naturale; e che spesso non giovi neppure spiegare la massima diligenza per conseguire il soddisfacimento d' un' obbligazione, per la quale non si ha azione da sperimentare in giudizio, ne siamo convinti, ma nel caso nostro la questione è un' altra, si tratta di sapere se la vigilanza sia lecita o meno. Solamente nell' ipotesi affermativa si potrà ripetere con l' Otto che vale pel titolare d' un' obbligazione naturale ciò che si dice del creditore civile, che « suum recipit, sibi vigilat ». Quindi è coerente alla sua premessa il Grützmann quando conclude che il pagamento dell' obbligazione naturale è irrevocabile, perchè l'adempimento di essa rappresenta un dovere giuridico. Ma appunto questa premessa non è sicura; nè la questione di cui ci occupiamo potrebbe esser decisa indipendentemente dal concetto, pur esso controverso, dell' obbligazione naturale.

Le fonti ci risparmiano peraltro quest' indagine, che del resto non potrebbe qui aver luogo, e permettono a tutti, qualunque sia il modo in cui ciascuno intende l' essenza delle ob-

bligazioni naturali, di convenire in una stessa soluzione a proposito della disputa attuale. Nella l. 19 D. h. t. Papiniano suppone un padre che prima della sua morte restituisce al figlio emancipato il fedecommesso dell' eredità materna « omissa ratione Falcidiae »; potranno i suoi creditori agire con la revocatoria? « Plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse ». Identica è la decisione data da Callistrato in un caso analogo: « debitorem, qui ex senatusconsulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem quam retinere potuisset sed magis fideliter facere ». Ora nei due casi risoluti dalle ll. 19 e 20 non esiste neanche un' obbligazione naturale; ma se è parso ai giureconsulti romani che l' adempimento di un dovere morale, della « fides », escludesse la revoca, a fortiori ciò deve ammettersi per il pagamento d' un' obbligazione naturale [1]. Il pensiero della giurisprudenza classica fu che l'istituto revocatorio non dovesse estendere la sua forza fino ad impedire che il debitore potesse soddisfare gli obblighi suggeriti dalla « fides », dalla « pietas » e simili. Sarebbe illogico che fosse stata di avviso diverso per l' obbligazione naturale, la quale ha una efficacia giuridica molto più forte.

Invece nel diritto giustinianeo, in cui neanche i pagamenti delle obbligazioni civili sono sottratti alla revoca, non v'è ragione di trattare più favorevolmente quelli delle obbligazioni naturali; di modo che, non ostante la presenza nel Digesto delle ll. 19 e 20 citt., crediamo che bisogni accogliere la decisione opposta a quella ammessa per il diritto classico.

12. — La maggioranza dei romanisti ritiene che, a differenza del pagamento, la datio in solutum possa revocarsi [2]; ma noi siamo, per il diritto classico, di avviso contrario.

[1] Nondimeno l' HUSCHKE l. cit. riguarda come eccezioni i casi contemplati nelle ll. 19 e 20 citt.; ed il BREZZO p. 511 crede che « dalle sentenze di queste leggi non si possa argomentare a conformi norme generiche, chi rammenti il favore con cui il romano diritto trattava i rapporti ereditari ».

[2] Cfr. FRANCKE XVI p. 262 sgg.; LASPEYRES p. 71 sgg.; MEISCHEIDER p. 75 sgg.; SCHÖNEMANN p. 25 sgg.; MANKIEWICZ p. 53 sgg.; SCHEY p. 146; OTTO p. 79; GRÜTZMANN p. 55 sgg.; HENNIG p. 33 sgg.; RÖMER *Leistung an Zahlungsstatt* p. 149 sgg.; WINDSCHEID II § 463 n. 33; VANGEROW III § 697 V; DERNBURG II § 145 n. 12; SINTENIS II § 124 n. 26; MAIERINI p. 208 sgg.; SERAFINI II p. 146 sgg. Credono invece che la datio in solutum non

Anzitutto è bene stabilire che la questione non è risoluta nelle fonti, quantunque si sia voluto dedurre da qualche passo il principio che la datio in solutum è revocabile. Uno dei testi a cui si è ricorso è la l. 25 § 3 D. h. t. [1]; poichè essa suppone il procurator « accipere » dal debitore del dominus e dichiara l' atto revocabile, mentre l' irrevocabilità del pagamento è provata da altri testi, la legge deve riferirsi alla datio in solutum [2]. Questa interpretazione è stata, a dir vero, combattuta; ma è evidente l' imbarazzo in cui gli autori si sono trovati quando hanno voluto sostituirvene un' altra che meglio della prima resistesse alla critica. Lo Struckmann [3] riferisce il testo di Venuleio al pagamento, e pensa che il procurator sia soggetto alla revoca perchè di lui non può dirsi, come del principale, che « sibi vigilat, suum recipit ». Altri [4], considerando anche che nell' ipotesi di un pagamento avvenuto « ante bona possessa » non poteva esser questione d' un'azione contro il dominus, reputano più verosimile che la legge contempli un pagamento fatto dopo la missio in bona. Volendola tuttavia riferire alla datio in solutum, si può ammettere, secondo un' altra opinione [5], che nel caso concreto il valore di ciò che fu dato eccedesse il valore della prestazione dovuta. Invece secondo il Reinhart [6] è più probabile che si alluda alla donazione. Più giustamente è stato osservato [7] che « accipere » può denotare qualsiasi acquisto; ed è quindi nella peggiore ipotesi da seguire l'avviso di coloro [8] i quali affermano che la l. 25 § 3 cit. è concepita in termini troppo poco espliciti per poter servire di fondamento ad una teoria. Ma la rassegna di questi inutili sforzi dell' ingegno e dell' arte ermeneutica di scrittori pur valorosi ci conforta nell' opinione che non si possa restituire il testo ge-

sia revocabile Reinhart p. 125 sgg.; Zürcher p. 15 sgg.; Struckmann p. 277 sgg.; Fischer p. 37 sgg.; Czyrlarz « *Krit. V. I. Schrift* » XV p. 87; Bellavite p. 32 sgg.; Brezzo p. 475 sgg.

[1] Riferita sopra a p. 211 n. 1.

[2] Cfr. Vangerow loc. cit.; Römer op. cit. p. 151.

[3] p. 301. Contro di lui cfr. Fischer p. 48 sgg.; Grützmann p. 55 n. 178.

[4] Cfr. Fischer p. 49; Grützmann p. 55 n. 178; Bellavite p. 38 n. 1.

[5] Cfr. Fischer p. 49; Bellavite p. 38 n. 1.

[6] p. 125. Cfr. contro di lui Grützmann p. 55 n. 178; Serafini II p. 150 n. 2.

[7] Cfr. Maierini p. 208.

[8] Cfr. Zürcher p. 16 n. 1; Hennig p. 10: ed anche Reinhart p. 125; Fischer p. 49; Serafini II p. 150 n. 2.

nuino se non cancellando l' « eius », e che per dare un' interpretazione logicamente corretta del testo, come si trova nelle Pandette, faccia d' uopo ammettere nel diritto giustinianeo la revocabilità dei pagamenti.

Secondo il Laspeyres [1] è decisiva la l. 1 C. h. t. [2]: essa dovrebbe riferirsi o ad una datio in solutum compiuta dopo l'adizione dell' eredità, o ad una cessio bonorum che l' erede avrebbe fatta ai proprii creditori prima di acquistare l' eredità ; però in quest' ultimo caso egli avrebbe inoltre trasmesso loro alcuni « corpora hereditaria » a saldo del debito, sicchè, qualunque delle due interpretazioni fosse accolta, si avrebbe sempre una datio in solutum, di cui il nostro testo affermerebbe la revocabilità. Ma fu già osservato opportunamente dallo Struckmann che, con l' una o con l' altra delle interpretazioni proposte dal Laspeyres, risulta superflua la dichiarazione che l' erede « creditoribus permansit obligatus »; giacchè sarebbe ridicolo dubitare che l'erede, che ha dato in solutum alcuni oggetti dell' eredità, non sia più tenuto verso i creditori ereditari. Del resto, ove non avesse altro difetto, l' opinione del Laspeyres avrebbe sempre il torto di supporre parecchie circostanze che nella costituzione di Antonino non sono menzionate. D' altra parte questa può spiegarsi in modo molto semplice: l' oggetto sottinteso di « cessit », che si deduce dalle parole precedenti « post aditam hereditatem », è appunto « hereditatem »: trattasi dunque di una in iure cessio hereditatis. Gaio [3] ed Ulpiano [4] ci apprendono che, se una tale cessione era fatta dopo l' adizione dell' eredità, il cedente rimaneva erede, « heres permanet et ob id creditoribus tenebitur », « permanet heres et ob id creditoribus defuncti manet obligatus », (nè altrimenti si esprime l' imperatore: « creditoribus permansit obligatus »); al cessionario passavano i corpora hereditatis « ac si ei singula in iure cessa fuissent ». Ora la questione, a cui il no-

[1] p. 73 sgg. Contra REINHART p. 126; ZÜRCHER p. 16; STRUCKMANN p. 297 sgg.; FISCHER p. 47 sgg.; VANGEROW loc. cit.; HENNIG p. 10 sgg.

[2] Imp. ANTONINUS A. Caesiae: « Si heres post aditam hereditatem ad eum cui cessit corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecit, bonis eius excussis usitatis actionibus, si tibi negotium fuerit gestum, ea quae in fraudem alienata probabuntur revocabis ».

Su questo passo vedansi le osservazioni fatte nel cap. V n°. 3.

[3] II 35.

[4] XIX 14-15.

stro rescritto risponde affermativamente, consiste appunto nel vedere se i creditori ereditari, verso cui l'erede era obbligato non ostante la cessione, potessero ottenere la revoca del trasferimento di proprietà dei corpora hereditaria, quando beninteso l'erede non fosse solvibile. È chiaro pertanto che questo frammento non riguarda nè punto nè poco la revoca della datio in solutum.

La l. 15 C. 7. 71 [1] dichiara che se un minore diede in pagamento un fondo rustico senza l'approvazione del magistrato, non ne perde la proprietà; eppure, osserva il Laspeyres [2], il minore può fare validamente un pagamento. Ma la regola contenuta nel rescritto dioclezianeo non ha alcun rapporto con la questione della revocabilità della datio in solutum; e non è lecito neanche inferirne che questa sia vietata al minore. Egli non può dare in solutum un fondo rustico, perchè non può alienarlo volontariamente per nessuna causa « sine decreto », ma potrebbe dare in solutum un' altra cosa.

In più luoghi delle fonti [3] la datio in solutum è assimilata alla vendita, e da questi passi si crede di poter argomentare che il primo negozio sia revocabile come lo è il secondo. Più specialmente il Laspeyres [4] si è valso della l. 15 D. 42. 4 [5], la quale, secondo la sua interpretazione, essendo estratta dal l. 6 fideicommissorum di Ulpiano e collocata nel titolo del Digesto « quibus ex causis in possessionem eatur », dovrebbe riferirsi alla missio in possessionem hereditatis legatorum servandorum causa, e dovrebbe equiparare la datio in solutum alla vendita a fine di estendere la missio anche alle cose date in pagamento; nè v'è ragione, conclude il Laspeyres, perchè non debba valere la stessa regola nella missio in bona concessa ai creditori.

Non è facile determinare il riferimento originario del passo in questione; tuttavia parecchie ragioni c'inducono a dubitare che

[1] Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Sabinae: « Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti, dominium a te discedere non permisit senatus consulti auctoritas ».

[2] p. 72 testo alla n. 88. Contra Fischer p. 46.

[3] Cfr. l. 15 D. 42. 4; l. 4 § 31 D. 44. 4; l. 4 C. 8. 45.

[4] p. 72 sgg. Contra Fischer p. 45; Hennig p. 8 sgg. 34 sgg.

[5] Ulpianus l. 6 fideicommissorum: « Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit vel qui lite aestimata retinuit vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus ».

vi si trattasse di alienazioni « in fraudem missionis », come congettura anche il Lenel [1]. È da riflettere p. es. che nell' ipotesi dell' aestimatio litis l'alienazione non dipende dalla volontà del debitore, a cui non si può perciò imputare nessun proposito fraudolento, e che con le parole « ex causa stipulationis est consecutus » si verrebbe a negare di fronte alla missio in possessionem dei legatarii anche la legittimità dei pagamenti, ciò che il diritto classico non ha fatto nemmeno a vantaggio dei creditori. Ad ogni modo Ulpiano non ci dice quale trattamento fosse serbato al compratore, ed anche per questa considerazione è prudente di non erigere teoriche su di un passo, il cui significato si dovrebbe ricostruire mediante congetture più o meno arrischiate.

Quanto poi all' equiparazione con la vendita, appunto la l. 15 cit. meglio d' ogni altra ci persuade che essa non ha la portata che altri vorrebbe attribuirle, poichè il giureconsulto dichiara simile al compratore anche « qui ex causa stipulationis est consecutus » e « qui rem permutatam accepit », sebbene la stipulazione e la permuta siano due negozi essenzialmente distinti dalla vendita. Ma si pareggi pure la datio in solutum alla vendita, beninteso quando essa consista nella dazione di una cosa in vece del denaro che è oggetto dell' obbligazione [2]: non si arriverà mai alla conclusione che la datio in solutum sia revocabile, poichè bisognerebbe prima dimostrare che è impugnabile con la revocatoria la vendita a giusto prezzo. È vero che il Windscheid [3] scrive che nessuno afferma esser lecita la vendita « iusto pretio »; ma, con tutta la riverenza dovuta alla memoria dell' illustre pandettista, pare a noi che senza la sparizione dell'equivalente la vendita per un giusto prezzo non sia un atto diminutivo del patrimonio, e quindi non possa essere soggetta alla revoca, finchè la diminuzione del patrimonio ne formerà un presupposto. Dal che consegue che nella datio in solutum, quando il valore di ciò che è stato dato uguaglia il valore della prestazione dovuta, vien meno la frode, e non è ammissibile la revoca, come non lo sarebbe, se il debitore vendesse ad altri ciò

[1] *Paling.* II p. 925 n. 3.

[2] È questo certamente il caso più comune di datio in solutum; ciò non pertanto è bene ricordare che vi ha datio in solutum sempre che venga prestata una cosa diversa da quella dovuta, « aliud pro alio ». Cfr. Polacco *Della dazione in pagamento* p. 10.

[3] II § 463 n. 33.

che vuol dare in solutum, ed impiegasse poi il prezzo nella soddisfazione del debito. Ma noi andiamo più oltre: per il diritto romano il paragone della datio in solutum con la vendita è senza costrutto, perchè, come stimiamo di aver dimostrato [1], nemmeno la vendita fatta con l' intenzione, nota al compratore, di disperdere o sottrarre il prezzo ai creditori, è revocabile.

Infine afferma il Windscheid [2] che il principio che deve valere per la datio in solutum si deduce immediatamente da quello ammesso per la costituzione di pegno. Ma il compianto pandettista, ignorando che appunto i testi relativi al pegno sono interpolati, come proveremo tra poco, era ben lontano dal sospettare che rispetto al diritto classico l' argomento si sarebbe potuto ritorcere contro di lui.

Adunque le prove testuali, addotte in favore della revocabilità dalla datio in solutum, sono demolite dalla critica, ma col solo appoggio delle fonti non è possibile sostenere neanche la tesi opposta.

Lo Struckmann [3] crede che, se la datio in solutum avesse rappresentato una violazione del diritto degli altri creditori, Giustiniano, che non avea certo l' intenzione di favorire un creditore a danno degli altri, non avrebbe introdotto con la Nov. 4 c. 3 il beneficium dationis in solutum. L' argomento è apparentemente così giusto che un fautore della revocabilità della datio in solutum, l' Otto [4], ha ammesso in questo caso un' eccezione al principio generale. Ma ci sembra piuttosto che la Novella si riferisca ad un' altra ipotesi [5]. Giustiniano non pensava ad un debitore veramente decotto, bensì ad uno che, non potendo convertire il suo patrimonio in denaro [6], non è in grado di pagare debiti pecuniari nel modo dovuto. È anche da notare che la

[1] V. cap. II n°. 5.

[2] loc. cit.

[3] p. 288. Cfr. anche FISCHER p. 42 sgg.

[4] p. 80 sgg. Contra SCHEY p. 146 n. 74.

[5] Cfr. anche HENNIG p. 15.

[6] Cfr. la traduzione latina « ... ille (debitor) ad pecuniam solvendam non valeat, bona autem immobilia habeat, et creditor instet atque pecuniam omnino flagitet, at illi in promptu non sit neque ulla res mobilis... ac ne emptor quidem immobilium eius rerum inveniatur rel. Ratio vero rerum dationis talis sit, ut quae meliores sunt, eas det creditori, deteriores vero soluto debito apud debitorem manere sinat ..... debitor et pecunia et emptoribus destitutus rel. ».

datio in solutum si compie con l' intervento del magistrato, e che le parole δίδοσθαι πρὸς ἀναλογίαν τοῦ χρέους.... τοῖς δανεισταῖς lasciano ben supporre che, concorrendo parecchi creditori, e non essendo sufficiente il patrimonio del debitore, se pure ancora si facesse luogo alla datio in solutum, essa avverrebbe pro rata.

Con maggior ragione lo Struckmann [1] allega a conforto della sua opinione la l. 22 § 6 C. 6. 30, la quale stabilisce che l'erede, che ha adito l' eredità col beneficio dell' inventario, possa soddisfare i legatari e i creditori ereditari per mezzo di dationes in solutum, e che contro costoro abbiano diritto di rivolgersi solamente gli altri creditori « qui ex anterioribus veniunt hypothecis ». Certo questa legge non costituisce un argomento assolutamente decisivo [2], come non lo costituiva per la irrevocabilità dei pagamenti, al qual proposito ci accadde già di citarla; ma ci sembra degno di rilievo il fatto che il legislatore dichiari inattaccabili dai creditori chirografari le dationes in solutum compiute da un debitore, quale l' erede beneficiato, che molto spesso può essere insolvibile e può anche sapere di esserlo.

I testi, che sanciscono la revocabilità del pegno, forniscono un buon argomento analogico per sostenere che lo stesso principio deve applicarsi alla datio in solutum; e noi, che ne vedremo più tardi l' interpolazione, siamo autorizzati a concludere che nel diritto classico la datio in solutum era irrevocabile al pari del pegno. Ma il sussidio di questa prova mancò sinora agli interpreti, quella che si desume dalla l. 22 cit. è incerta, sicchè la dottrina dominante dovè considerare fallito il tentativo di trovare nelle fonti una risposta testuale alla questione che ci occupa [3].

Si è compreso che la soluzione doveva dedursi dai principii generali sulla revoca degli atti fraudolenti, e, poichè pareva che le fonti sottraessero alla revoca il pagamento, col quale la datio in solutum ha per lo meno comune lo scopo di estinguere l' obbligazione, si è cercato di stabilire se la datio in solutum

[1] p. 289. Cfr. anche FISCHER p. 44; BELLAVITE p. 33.
[2] Cfr. OTTO p. 80; HENNIG p. 13.
[3] Cfr. OTTO p. 79; HENNIG p. 16; WINDSCHEID II § 463 n. 33. Non mena ad alcun risultato utile per la nostra questione l'osservazione del FISCHER p. 42 (cfr. anche BELLAVITE p. 33) che la condemnatio, essendo pecuniaria, implicava una datio in solutum, ogni qual volta il debito non consistesse esso stesso in una somma di denaro.

dovesse seguire la norma ammessa pel pagamento, o se invece fosse soggetta alla regola generale che colpisce tutti gli atti fraudolenti. È ovvio che in una tale indagine non si può riuscire ad utili risultati se non si determina preventivamente il fondamento dell'irrevocabilità dei pagamenti; ed è perciò che, essendo un tal fondamento assai discusso e in vario modo concepito, diverse sono le opinioni intorno al quesito se sia revocabile o meno la datio in solutum, quantunque gli autori siano in generale d'accordo nel ritenere irrevocabile il pagamento.

Noi possiamo ora trar profitto dal nostro studio, il quale ci ha mostrato che la causa, che esime dalla revoca il pagamento, è il diritto del creditore di esigere ciò che gli è dovuto, cui corrisponde l'obbligo del debitore di pagarlo. Ora da coloro, che sostengono essere la datio in solutum revocabile, si argomenta appunto che, mentre il creditore ha diritto di reclamare il pagamento, non ha alcun diritto alla datio in solutum. Questa non è un pagamento, non è neppure un'obbligazione naturale[1], non costituisce quindi l'adempimento di alcun dovere giuridico[2]; non v'ha nessuna azione per chiederla, ed il debitore non può esservi costretto[3]. D'altra parte il creditore non può dire che « recipit suum, quod sibi debetur »[4], perchè veramente egli riceve « aliud pro alio », una cosa diversa da quella « quae debetur », e « debitum suum recipere » significa esclusivamente l'accettazione dell'oggetto che si trova « in obligatione »[5], e non anche l'accettazione di un valore patrimoniale corrispondente a quello rappresentato dalla prestazione dovuta[6]. Nella datio in solutum evvi un negozio giuridico nuovo[7], che il creditore non può pretendere: sicchè la sostituzione di un oggetto all'altro è un torto verso gli altri creditori[8].

In sostanza quasi tutte queste proposizioni sono vere, ma gli autori che argomentano con esse si ingannano pensando che

[1] Cfr. HENNIG p. 33.
[2] Cfr. GRÜTZMANN p. 55.
[3] Cfr. MEISCHEIDER p. 77.
[4] Cfr. MEISCHEIDER p. 77; MANKIEWICZ p. 53; OTTO p. 79.
[5] Cfr. OTTO p. 69.
[6] Cfr. OTTO p. 79.
[7] Cfr. MANKIEWICZ p. 53; DERNBURG II § 145 n. 12; VANGEROW III § 697 V.
[8] Cfr. SCHÖNEMANN p. 27.

ne derivi logicamente la conclusione che la datio in solutum debba esser soggetta alla revoca.

Essa non è un pagamento, e crediamo che non sia nemmeno una pura modalità del pagamento; ma è certo che, al pari del pagamento, anch'essa ha per effetto di estinguere un'obbligazione, ciò che costituisce un dovere per il debitore ed un diritto per il creditore. Un nostro illustre civilista [1] ha osservato, e l'osservazione vale ugualmente per il diritto romano, che sbaglierebbe chi asserisse che la differenza fra il pagamento e la datio sia puramente accessoria ed estrinseca, e che chi argomentasse in tal modo mostrerebbe di arrestarsi alla superficie delle cose e di confondere la solutio in senso stretto (pagamento) con la solutio in senso lato, la quale realmente comprende ogni modo di estinguere le obbligazioni, giusta la l. 176 D. 50. 16. Ma il quesito che noi dobbiamo risolvere è se il creditore abbia diritto soltanto alla solutio in senso stretto (pagamento). Ora appunto il Grützmann [2] vorrebbe distinguere fra il diritto all'adempimento e il diritto alla soddisfazione; senonchè la sua tesi non ci sembra che meriti il nostro suffragio, poichè il creditore ha indiscutibilmente il diritto di essere soddisfatto; egli potrebbe esigere l'oggetto stesso dell'obbligazione, ma, se può pretendere il più, perchè non potrà contentarsi del meno? Indarno quindi si accampa che pel debitore la datio in solutum non è un obbligo, nè può esservi costretto; nondimeno egli ha il dovere di adempiere l'obbligazione, ed il creditore avrebbe l'azione per esigere la prestazione promessa, se non si acconciasse a riceverne un'altra equivalente. È anche vero che nella datio in solutum il creditore non riceve il suo, cioè non precisamente l'oggetto dell'obbligazione; ma tuttavia essa rappresenta un adempimento, sebbene incompleto ed imperfetto, dell'obbligazione. Perciò, salvo il caso introdotto da Giustiniano, il creditore non è tenuto ad accettarla; ma quando lo fa volontariamente, egli rinuncia a quello che sarebbe il suo diritto rigoroso, ed una tale circostanza rende tanto meno legittima contro di lui quella sanzione che non lo colpirebbe se egli non avesse limitato la sua pretesa.

[1] Polacco nell' « *Annuario critico della giurispr. commerciale* » VII (1890) p. 351 sgg.
[2] p. 56.

Già altri [1] ebbe a notare che, giustificando la revocabilità della datio in solutum con l'affermare che essa costituisce un negozio giuridico nuovo, si ricorre ad un motivo meramente formale; ed ha forse ragione l'Otto [2] di far riflettere che anche la estinzione di un'obbligazione mercè il pagamento si può dire rappresenti un negozio nuovo. Ciò che importa non è già di rilevare che v'è sostituzione di una prestazione ad un'altra, che si cambia il modo di adempire l'obbligazione; il nocciolo della questione sta nel vedere se questo mutamento sia proibito dal diritto. Ora il risultato che si consegue tanto col pagamento quanto con la datio in solutum è il medesimo, e questo risultato, non solo è lecito, ma è anzi doveroso. Bene è vero che con la dazione in pagamento il debitore sottrae ai rimanenti suoi creditori un oggetto sul quale avrebbe potuto cadere la cumulativa azione loro, ma non è il danno dei creditori, il quale esiste anche nel pagamento, che può fornire nel nostro caso la ragione di decidere in un senso piuttosto che in un altro. Ammettiamo anche che, permettendo la datio in solutum, si offre al debitore maggiore agio di favorire un creditore a spese dell'altro; se non che questo potrebbe essere tutt'al più un motivo per indurre il legislatore a vietare la datio in solutum prima ancora che il pagamento. Però l'interprete, per non trattare alla pari i due modi di estinzione delle obbligazioni, dovrebbe essere autorizzato da una disposizione positiva della legge. Altrimenti egli non può a meno di constatare che, per quanto la datio in solutum sia un contratto a sè intrinsecamente diverso dal pagamento, è anche essa un modo di soddisfare le obbligazioni; e l'adempimento di un'obbligazione non si concilia con la frode. Ben lungi dunque dal potersi dire [3] che l'irrevocabilità del pagamento è una norma di ius singulare, che non può essere estesa per analogia, e che la datio in solutum segue la regola generale per cui tutti gli atti fraudolenti sono impugnabili, invece il principio che proclamasse la revocabilità della datio in solutum, se ci fosse attestato dalle fonti, costituirebbe un'eccezione a quello che risulta dal non essere impugnabili i pagamenti, che cioè è lecito

[1] Cfr. Schönemann p. 26.
[2] p. 80.
[3] Cfr. Otto p. 79; Polacco loc. cit.

ottenere il soddisfacimento del debito anche dal decotto. Giacchè, per concludere, la irrevocabilità del pagamento non è un' eccezione alle norme da cui è retto l' istituto della revoca; bensì il pagamento è un atto che rimane fuori dell' orbita dell' azione revocatoria finchè al singolo creditore non è vietato di cercare il proprio soddisfacimento col danno degli altri, ed al pari del pagamento, tranne che un' espressa disposizione non ve li sottoponga, sono sottratti alla revoca tutti gli altri atti, che, comunque diversi, mirano allo stesso scopo, la soddisfazione del creditore.

Nelle nostre fonti manca qualsiasi accenno alla revoca della datio in solutum; un tale silenzio, se ha imbarazzato gli altri interpreti, a noi invece, che crediamo di aver colto il vero punto di vista da cui bisogna studiare il problema, dice questo: che il diritto romano non ha nessuna regola speciale per la datio in solutum, e però valgono per essa le stesse norme che sono dettate per il pagamento. Conseguentemente nel diritto classico la datio in solutum per un debito civile scaduto è irrevocabile; e se fu compiuta per un debito non ancora scaduto, o sottoposto a condizione sospensiva, o semplicemente naturale, saranno applicabili gli stessi principii che abbiamo esposto di sopra trattando del pagamento [1].

Fin qui noi abbiamo presupposto che il valore dell' oggetto dato in pagamento uguagliasse il valore dell' oggetto dell' obbligazione: che se invece fosse superiore [2], dovremmo venire a diverse conclusioni. Di questo caso si è occupato a lungo lo Struckmann [3], proponendo varie distinzioni, che in parte sono state giustamente criticate dal Fischer [4]. Pertanto è opportuno che ne parliamo anche noi, ma non vogliamo tacere che l' ipotesi di una datio in solutum di valore maggiore del credito, a meno che non vi sia stato errore, ci sembra prevalentemente scolastica. Intanto il giudice non dirà eccessiva una datio in solutum, solo perchè i valori della prestazione fatta e di quella do-

[1] Cfr. Reinhart p. 141; Fischer p. 50 sgg.; Bellavite p. 39.

[2] L'ipotesi inversa, che il valore della cosa data in pagamento sia inferiore all'ammontare del credito, non presenta alcun interesse per noi che riteniamo la datio in solutum irrevocabile. Cfr. invece Hennig p. 36.

[3] p. 303 sgg.

[4] p. 51 sgg.

vuta, rigorosamente stimati, non coincidono appuntino; in ogni contratto commutativo accade che uno dei contraenti guadagni o tenti di guadagnar più dell' altro, e nel nostro è anche da riflettere che il creditore, che può aver grande interesse alla prestazione promessa e si rassegna ad accettarne un' altra dal debitore per tema di rimanere del tutto a mani vuote, assume il rischio delle eventuali perdite, cui può andare incontro quando voglia convertire l'oggetto che ha ricevuto con l' altro di cui ha bisogno, ed è quindi naturale che la stima sia tenuta un pò larga affinchè il creditore goda d' un certo margine sul valore della cosa avuta in pagamento. Gli altri creditori, posto che la datio in solutum è irrevocabile, non hanno diritto di reclamare se non quando la differenza tra i due valori sia di tale entità, che secondo il giudizio comune del commercio l' atto del debitore appaia contenere una liberalità per il soprappiù. Senonchè appunto questa liberalità del debitore verso il proprio creditore, per non essere cosa consueta, toglie ogni importanza pratica alla questione. I giureconsulti romani supposero bensì che si potesse dare in pagamento un fondo del valore di duecento, quando il debito era di cento, ma supposero anche che ciò avvenisse per errore [1]. Ora, se questo fosse effettivamente il caso, i creditori del decotto potranno agire con la condictio indebiti che spetta al loro debitore. Altrimenti essi avranno l'azione revocatoria, purchè il debitore abbia compiuto la datio essendo consapevole del maggior valore della cosa da lui prestata. Lo Struckmann ha sostenuto che l' ignoranza del debitore non ne esclude il dolo, il quale risiede in ciò che egli, conoscendo la sua insolvenza, soddisfa un creditore prima degli altri. Ma la sua opinione è stata vittoriosamente confutata dal Fischer, che ha fatto osservare come il debitore, il quale reputa che

[1] Cfr. l. 26 §§ 4 e 5 D. 12. 6. ULPIANUS l. 26 ad edictum: « Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicesimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: (*ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur* Trib.). Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dederit pluris pretii quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit quasi maiorem modum debens, superfluum olei esse repetendum, non totum et ob hoc peremptam esse obligationem ».

la cosa data in pagamento ed il credito si equivalgano, è convinto di compiere un negozio lecito, di non nuocere « iniuria » ai suoi creditori, e perciò non ha il « consilium fraudis ».

Le distinzioni dello Struckmann mirano a separare i casi in cui v' ha un solo negozio (la datio in solutum) da quelli in cui si riscontra un negozio misto (datio in solutum e donazione). Non potremmo, senza uscire dal nostro campo, discutere se in tutte le ipotesi, nelle quali lo Struckmann scorge una donazione, questa esista realmente: d' altra parte ciò che interessa in uno studio sulla revoca è di esaminare gli effetti che nei riguardi di questo istituto dovrebbe avere la classificazione proposta dallo scrittore tedesco. Quando evvi un così detto negotium mixtum cum donatione, allora, secondo lo Struckmann, si distinguerebbe la datio in solutum dalla donazione; la prima sarebbe inattaccabile, la seconda no, o, in altre parole, l' atto compiuto dal debitore sarebbe rescisso in modo da determinare il valore in denaro della parte donata, la quale deve essere restituita dal creditore. Se invece esiste un solo negozio giuridico, cioè unicamente la datio in solutum, questa sarebbe revocata per intero, nell' ipotesi che sia stata data in pagamento una « species », poichè una revoca parziale avrebbe per conseguenza una comunione, ciò che ripugna alla volontà delle parti. Come si vede, lo Struckmann applica all' azione revocatoria i principii che Marcello dettava per la condictio indebiti; li applica, è vero, solamente quando l' intenzione dei contraenti fu di concludere un negozio unico, ma ciò egli giustifica col riflesso che nel caso contrario corrisponde alla volontà effettiva del debitore che il creditore debba avere e ritenere l' intero, in parte come datio in solutum, in parte come donazione, e poichè questa consiste in ciò che il debitore non si fa rimborsare il maggior valore, la rescissione viene effettuata mediante la restituzione di esso; invece, se la stessa decisione si adottasse nell'altro caso, si sostituirebbe alla datio in solutum voluta dai contraenti un' altra di contenuto diverso. Con ragioni che noi non potremmo menar buone il Fischer contesta che la decisione della l. 26 cit. possa applicarsi per analogia al nostro caso. Egli afferma che l' azione revocatoria ha per iscopo innanzi tutto l' annullamento dell' atto fraudolento; quindi, annullata la datio in solutum, deve restituirsi la cosa

che ne formò oggetto [1]. Pertanto la teoria del Fischer diverge nei suoi risultati da quella dello Struckmann, solo nel caso che siano state date in pagamento cose fungibili: quegli pretende che si debbano restituire tutte, questi solamente la parte che eccede il valore del credito.

Accettiamo per un momento la premessa comune ai due scrittori sopra ricordati, che, secondo l'intenzione di chi la compie, possa considerarsi come una datio in solutum inscindibile quel negozio in cui il debitore consapevolmente presta un oggetto di valore maggiore del debito. Marcello accordava la ripetizione del fondo per un riguardo al creditore, il quale probabilmente avrebbe rifiutato di ricevere in pagamento una quota pro indiviso del fondo stesso, ed evitato di divenirne condomino insieme col debitore: « nemo enim invitus compellitur ad communionem ». Ma questo riguardo non ha ragione d'essere qui, dove il creditore fu partecipe della frode; giacchè, ecco un punto degno di nota, se il negozio si concepisce come un'unica datio in solutum, l'azione revocatoria non può intentarsi contro un convenuto di buona fede. Tanto meno è possibile accedere all'opinione del Fischer, poichè nel diritto classico (in diritto giustinianeo cessa ogni cagione di disputa, essendo la datio in solutum revocabile in tutti i casi per l'intero) con l'interdetto si chiedeva la restituzione di ciò che era stato alienato in frode dei creditori, con la pauliana si reclamava la pena, la quale consisteva ugualmente nella restituzione della cosa alienata: è quindi un errore parlare di annullamento dell'alienazione fraudolenta.

Se non che la teoria dello Struckmann, in quanto distingue le ipotesi, in cui le parti intesero di concludere un negozio separato sul maggior valore della cosa data in pagamento, da quelle in cui vollero porre in essere un unico negozio, induce un'altra conseguenza, che nella seconda categoria di casi, perchè si possa far luogo alla revoca, sia necessaria la scientia fraudis del creditore. Questo effetto è logicamente indeclinabile, poichè la datio in solutum è un atto a titolo oneroso. Se invece la dazione, per la parte che supera il valore del credito, si considera come una liberalità (non occorre che sia una vera e propria do-

[1] Cfr. anche BELLAVITE p. 39 sgg.

nazione) congiunta, ma pur sempre scindibile, con la datio in solutum, la revoca compete anche contro il nesciens fraudis. Sicchè, a nostro avviso, la teoria suesposta da un lato non implicherebbe, contrariamente a ciò che pensava il suo autore, che la datio in solutum sia revocabile per l'intero, dall'altro limiterebbe la revoca ai casi in cui il creditore fosse consapevole della frode.

Questo risultato non depone in favore dell'opinione difesa dallo Struckmann, ma indipendentemente da ciò essa non ci pare plausibile. Noi riteniamo che costituisca una contraddizione in termini l'ammettere che il debitore sappia di fare una prestazione, il cui valore supera più o meno notevolmente il valore della prestazione che è « in obligatione», ed in pari tempo voglia compiere un unico negozio, e precisamente una datio in solutum.

Concludiamo: il principio vigente nel diritto classico è che la datio in solutum, purchè non superi il valore del credito in guisa da poter essere ritenuta per il di più una liberalità del debitore verso il proprio creditore, non è revocabile; la liberalità, quando esista, è soggetta alla revoca secondo le norme ordinarie.

Nel diritto giustinianeo noi abbiamo dimostrato che è stato dichiarato revocabile il pagamento, altrettanto dimostreremo che è avvenuto per la costituzione di pegno; onde non è dubbio che lo stesso principio debba accogliersi anche per la datio in solutum. Se peraltro essa equivale alla prestazione che era oggetto dell'obbligazione, non è revocabile senza la scientia fraudis del creditore soddisfatto. Questa almeno è l'opinione di quasi tutti gli scrittori che ammettono la revocabilità della datio in solutum [1], benchè, come abbiamo visto, essi cadano in errore non distinguendo fra il diritto classico ed il giustinianeo. La tesi opposta ha trovato un caldo fautore nel Windscheid [2], il quale sostiene che il creditore faccia uu puro guadagno, perchè egli non riceve l'oggetto che gli è dovuto, ma una preferenza in confronto degli altri creditori. Pel Windscheid non importa che il creditore dia in cambio di ciò che riceve il suo diritto di credito,

[1] Cfr. tra altri GRÜTZMANN p. 68 sgg.; MAIERINI p. 209; SERAFINI p. 150.
[2] II § 463 n. 33*a*.

poichè, egli scrive, al creditore non è permesso di utilizzare il suo diritto di credito altrimenti che procurandosi ciò che precisamente gli spetta. Questo ragionamento non ci persuade: se il creditore mediante il suo diritto di credito non può legalmente ottener altro che il pagamento, ciò non vuol dire che, quando egli lo aliena in corrispettivo di una prestazione di diverso genere, non pensi di compiere un atto oneroso. L'idea del romanista tedesco è forse questa: che un atto (pagamento, datio in solutum etc.), che il debitore non deve fare, assuma perciò il carattere di atto gratuito, come quello che cessa di essere l'effetto necessario dell'obbligazione. Ma è un' idea sbagliata, perchè questi atti non sono gratuiti di loro natura, e solo allora il creditore può sapere di ricevere una liberalitá dal suo debitore, accettando la datio in solutum o il pagamento, quando conosce che nel caso concreto il pagamento o la datio sono vietati, in altri termini quando abbia appreso lo stato d'insolvenza del debitore.

13. — Tranne pochissime voci discordanti [1], gli scrittori non dubitano di proclamare la revocabilità della costituzione di pegno [2]. Ritroviamo qua in gran parte gli stessi argomenti che si adducevano per dimostrare che la datio in solutum è soggetta alla revoca, ma senza che abbiano acquistato maggiore consistenza.

La costituzione di pegno è un nuovo negozio, si dice [3], per mezzo del quale il creditore acquista un nuovo diritto a cui non aveva alcuna ragione [4]: esso è il frutto della libera determinazione della volontà del debitore [5], il quale non adempie l'obbligazione assunta come quando presta la cosa dovuta, sicchè colui che riceve il pegno non può invocare la massima « nihil dolo cre-

[1] Cfr. ZÜRCHER p. 17 sgg.; FISCHER p. 59 sgg.; BELLAVITE p. 40 sgg.; e forse anche SCHÖNEMANN p. 28 sgg.

[2] Cfr. MEISCHEIDER p. 80; HUSCHKE XIV p. 34 sgg.; REINHART p. 122 sgg.; HASENBALG (specialmente a p. 55 sgg.); MANKIEWICZ p. 52 sgg.; SCHEY p. 145; OTTO p. 78 sgg.; GRÖTZMANN p. 56 sgg.; WINDSCHEID II § 463 n. 32; VANGEROW III § 697 IV; DERNBURG *Pfandrecht* I p. 198 sgg.; *Pand.* II § 145 n. 11; SINTENIS II § 124 n. 26; MAIERINI p. 209 sgg.; BREZZO p. 519 sgg.; SERAFINI II p. 151 sgg.

[3] Cfr. DERNBURG *Pand.* loc. cit.; VANGEROW loc. cit.

[4] Cfr. SCHEY loc. cit.; DERNBURG *Pfandrecht* I p. 198.

[5] Cfr. HASENBALG p. 59; DERNBURG *Pfandrecht* I p. 198; BREZZO p. 520.

ditor facit qui suum recipit »[1]. Lo Schönemann [2] ha osservato giustamente che col dire che la costituzione di pegno è un negozio nuovo, non si allega nulla di decisivo per l'ammissibilità dell'azione revocatoria: parimenti non basta affermare, ciò che è fuori discussione, che il creditore non ha diritto al pegno e non può promuovere nessuna azione per ottenerlo, ma sarebbe necessario provare che chi ha diritto ad essere soddisfatto del suo credito si renda colpevole di frode quando accetta una garanzia per il futuro pagamento. Qui sta il nodo della questione, che non giova complicare con elementi estranei. Ora è logico che sia lecito pagare un debito, e non sia lecito garantire il pagamento con un pegno? varia forse il risultato finale dei due atti? Se il debitore vendesse l'oggetto che vuol dare in pegno, e col prezzo pagasse il creditore, l'atto suo sarebbe irreprensibile; se invece si limita ad assicurare sull'oggetto il diritto del creditore, dovrà essere esposto alla revoca? Gli autori da noi combattuti ritengono di giustificare pienamente la loro opinione col motivo che il creditore ha diritto di esigere soltanto ciò che gli è dovuto; ma non riflettono che la costituzione di pegno, come notammo anche per la datio in solutum, attribuisce al creditore meno di quello che riceverebbe col pagamento, di guisa che è poco verosimile che i due negozi siano stati trattati diversamente [3]. D'altro avviso è il Windscheid, al quale pare una cosa molto semplice il conciliare il principio che ammette la revoca del pegno con quello che esclude la revocabilità del pagamento: al debitore è permesso, scrive l'illustre pandettista, di prestare ad un creditore ciò che gli spetta col danno degli altri, ma non gli è concesso di violare in loro pregiudizio la norma legale sull'ordine secondo cui i creditori dovranno essere soddisfatti. In questo modo il Windscheid ci dimostra che i due principii possono coesistere in una stessa legislazione, ma non ci dimostra che sia da lodare il legislatore, cui fosse piaciuto di impedire che un creditore acquisti un diritto pel quale sarà soddisfatto, e non invece che sia immediatamente pagato a preferenza di tutti gli altri.

[1] Cfr. Maierini p. 210.
[2] p. 30.
[3] Cfr. Fischer p. 69 sgg.

Le ragioni messe in campo dai sostenitori dell' opinione, che la costituzione di pegno sia irrevocabile, non sono d' altra parte nè sempre nè tutte buone. Lo Zürcher[1] nega la revoca perchè col pegno nessuno può divenire insolvente od aumentare la sua insolvenza; ma ciò non è esatto, poichè ciascuno degli altri creditori, non potendo impiegare nel proprio soddisfacimento l'oggetto dato in pegno, riceve una quota minore di quella che gli sarebbe altrimenti toccata. Anche altri scrittori commettono l'errore di credere che la costituzione di pegno non importi una diminuzione del patrimonio[2]; se non che male si applicano al nostro caso i principii che riguardano i requisiti delle donazioni, e a torto si invoca la l. 18 D. h. t. la quale nella remissione del pegno fatta da un coniuge all' altro non scorge una donazione. Noi non dobbiamo cercare se esista l' arricchimento del donatario e l' impoverimento del donante: per l' ammissibilità della revoca ci basta di constatare che a causa del pegno è diminuito il patrimonio utilizzabile nella soddisfazione in misura uguale di tutti i creditori.

Del pari non ci sembra che rappresenti una prova in favore della irrevocabilità del pegno il riflesso che il diritto dei creditori immessi nel possesso dei beni del debitore è esso stesso concepito come un diritto di pegno: il Fischer[3] osserva che ogni creditore era autorizzato a chiedere la missio in bona e a procurarsi così un pegno sul patrimonio del debitore insolvente, danneggiando fieramente tutti i creditori che non partecipavano alla missio, onde secondo i concetti romani sarebbe stata una grave iniquità che in forza del suo pegno pretorio più recente un creditore avesse potuto sottrarre ad un altro il pegno concessogli dal debitore. Il giurista tedesco argomenta ancora una volta[4], come è facile rilevare, dalla pretesa indole speciale della procedura romana; ma non lo fa con miglior fortuna, poichè il paragone, tra il creditore che ottiene il pegno dal decotto e quello che lo ottiene dal magistrato, non corre: il primo acquista un vero diritto esclusivo, il secondo, piuttosto che acquistare

[1] p. 17.
[2] Cfr. Hasenbalg p. 16 sgg.; Grützmann p. 17.
[3] p. 62 sgg.
[4] V. sopra p. 222.

un diritto, « aliquid ex ordine facit », come avverte Paolo nella l. 12 pr. D. 42. 5, e ad ogni modo deve permettere che tutti gli altri creditori profittino, volendo, della missio a lui accordata.

Gli autori citati colgono invece nel segno, quando affermano [1] che il creditore prima della missio in bona ha diritto alla piena soddisfazione del suo credito, e che quindi non può essere fraudolento nessun mezzo che serva a questo scopo, qualunque sia il pregiudizio che ne risentono gli altri creditori. Anche l'Hasenbalg [2] rende omaggio alla giustezza di questo ragionamento, mentre sostiene che, poichè il pegno ha per effetto che il creditore riceva una quota maggiore di quella che otterrebbe concorrendo con gli altri, esso è soggetto alla revoca, tosto che si astragga da ciò che il creditore avrebbe diritto di esigere l'intero. Peraltro occorre appunto dimostrare che i romani abbiano fatta una simile astrazione, e questa prova è resa difficile dalla circostanza già assodata che il pagamento non era nel diritto classico revocabile.

Ciò nondimeno le ll. 6 § 6 [3], 10 § 13 [4] e 22 D. h. t. [5] enunciano il principio, che il pegno costituito in frode dei creditori è revocabile, in termini così espliciti, che l'opinione dominante potè reputarsi fondata nelle fonti, e i pochi dissidenti si trovarono a disagio allorchè vollero superare quest'ultimo ostacolo. Lo Zürcher [6] ritenne che il pegno fosse soggetto alla revoca, quando importa un danno effettivo dei creditori: per es. se il fraudator lo costituisce a garanzia di un'obbligazione na-

[1] Cfr. Zürcher p. 17 sgg.; Fischer p. 61 sgg. Anche lo Schönemann p. 28 sgg., il quale ritiene che in ogni singolo caso si debba ricercare se esistano i presupposti della revoca, e specialmente la scientia fraudis, pensa che il criterio decisivo stia nel vedere se il creditore aveva o no un diritto a ciò che ha conseguito.

[2] p. 85.

[3] Ulpianus l. 66 ad edictum: « ... totum enim hoc edictum ad contractus pertinere in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque ».

[4] Ulpianus l. 73 ad edictum: « Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum ».

[5] Scaevola l. 5 responsorum: « Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod, in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent ».

[6] p. 18 sgg.

turale, o su di una cosa già data in pegno, o per un debito altrui. L'Otto[1] ha già notato opportunamente che queste ipotesi dello Zürcher non sono giustificate in verun modo dai testi; inoltre gli esempi addotti contemplano casi ai quali non si può riferire la disputa sulla revocabilità del pegno. Se questo è costituito per un debito altrui, senza dubbio è soggetto alla revoca; se l'obbligazione da esso garantita è semplicemente naturale, il pegno sarà revocabile o meno, secondo che si ammette o si nega la revoca del pagamento di un'obbligazione naturale; ma è chiaro che nella questione che noi trattiamo, e che i passi sopra citati risolvono, si presuppone che il debito garantito dal pegno sia civile e proprio del costituente. L'altro caso supposto dallo Zürcher è poi completamente errato: egli immagina che il debitore abbia concesso sulla stessa cosa un secondo diritto di pegno che prevalga al primo (perchè p. es. è costituito mediante scrittura pubblica); ma ciò non autorizza il creditore pignoratizio anteriore a promuovere l'azione revocatoria, poichè egli deve imputare a sè stesso di essersi lasciato costituire il pegno in una forma che per legge è rivestita di efficacia minore[2].

Anche il Fischer[3] ha cercato di metter d'accordo le fonti con la sua opinione; ma, per quanto egli si sia accinto a quest'impresa con maggior dottrina dello Zürcher, il successo non è stato più felice. Della l. 6 § 6 egli si sbriga col dire che il passo non ci costringe ad ammettere la revocabilità del pegno costituito per un debito valido e scaduto: si può ben riferirlo alla costituzione di pegno per un debito altrui, per un' obligatio naturalis e simili. Questa interpretazione, a differenza dello Zürcher, il Fischer non crede di poter estendere alle ll. 10 § 13 e 22 citt., ma confessa che quei frammenti dichiarano revocabile il pegno concesso per un debito valido ed esigibile, e tenta di mostrare come l'istituto romano del pegno rendesse possibile la frode. Noi assistiamo ad una descrizione sconfortante. Ci si indicano i pericoli che l'antica forma del pegno, la fiducia, racchiudeva pel debitore e più ancora per gli altri creditori. Ci si fa riflettere che la lex commissoria, prima che l'imperatore Costantino

[1] p. 81.
[2] Buone osservazioni su questo caso ha il FISCHER p. 88.
[3] p. 74 sgg.

la vietasse, poteva sottrarre alla massa dei creditori l'intero oggetto dato in pegno, e offrire al debitore un comodo mezzo per metter da parte qualche cosa, col pattuire segretamente la restituzione ovvero un compenso. Infine ci viene ricordato che il creditore pignoratizio non era tenuto a vendere il pegno all'asta pubblica, e che egli determinava liberamente la specie ed il modo, le condizioni, il luogo ed il tempo della vendita. Gli altri creditori, se il pegno non era venduto prima dell'apertura del concorso a cui il creditore pignoratizio non partecipava, non potevano rivendicarlo alla massa, ma insieme col patrimonio del fraudator vendevano anche il suo diritto di proprietà sulla cosa gravata dal pegno al bonorum emptor, il quale peraltro, a causa dell'incertezza e dei rischi che accompagnavano l'esercizio dei diritti del debitore sul pegno, doveva naturalmente offrire per esso un prezzo di molto inferiore alla differenza tra il valore dell'oggetto e l'ammontare del credito. Se invece il pegno fosse stato già venduto, ai creditori immessi spettava l'*hyperocha*, ma questo diritto era assai poco sicuro, sia perchè la vendita del pegno poteva essersi compiuta in circostanze sfavorevoli, sia perchè avrebbe potuto l'avanzo venir pagato al debitore e da costui trafugato. Nè la condizione dei creditori era meno precaria nella procedura nuova della distractio bonorum. Il Fischer conclude che se i creditori che prendono parte al concorso non avessero avuto l'azione revocatoria, sarebbe stato facile al creditore pignoratizio, senza oltrepassare le facoltà a lui accordate dalla legge, di sottrarre loro interamente il valore della cosa ricevuta in pegno.

Noi non rileveremo ciò che vi può essere di esagerato in queste considerazioni, nè indugeremo a dimostrare che è grave errore il voler valutare i difetti di un istituto antico alla stregua di concetti e di bisogni moderni: ci basta di notare che le fonti non contengono il menomo accenno a quei presupposti da cui la revoca del pegno dovrebbe secondo il Fischer dipendere, in ispecie non dicono che il pegno sia revocabile a causa della sottrazione dell'hyperocha, ma consentono l'azione revocatoria contro la sua costituzione come tale[1].

Queste interpretazioni lambiccate delle fonti si spiegano, e

[1] Cfr. anche Otto p. 81 sgg.; Windscheid loc. cit.

si possono anche scusare, riflettendo che i loro autori vi sono stati costretti dalla persuasione che l' irrevocabilità del pagamento dovesse importare anche quella del pegno: ma se può far piacere il vedere che la forza della logica s'è talora imposta al giurista (« absurdum est et iniquum » arriva financo a dire il Voet[1] « creditorem eo tempore, quo ipsum creditum a debitore potest impune recipere, non posse sibi pro debito securitatem pacisci »), bisogna pur riconoscere che l' interprete non ha saputo trar profitto neanche dai testi che gli erano favorevoli.

La l. 13 D. h. t.[2] afferma chiaramente, a nostro avviso, che il pegno non è soggetto alla revoca: nondimeno gli scrittori sono unanimi nel ritenere che il passo di Paolo non si riferisca alla questione di cui stiamo trattando. Alcuni non si danno pensiero di dimostrarlo[3]; altri enunciano delle mere ipotesi.

Giova farne un rapido cenno perchè il lettore si persuada che ogni ulteriore tentativo su questa via non può condurre che a strane aberrazioni. Il Meischeider[4] crede che staccata dal contesto originario la legge non sia più intelligibile, ma che ad ogni modo, qualunque significato possa aver avuto, non valga ora a derogare al principio stabilito da Ulpiano e da Scevola. Il Mankiewicz[5] reputa anch' esso che il nostro testo sia divenuto inintelligibile; ma sembra che ciò sia vero fino ad un certo punto, poichè egli può affermare che vi si parla di un caso in cui al creditore compete un diritto alla costituzione del pegno. Secondo il Francke[6], finchè non sapremo in quale connessione questo frammento stava nello scritto di Paolo, ci sarà difficile comprenderlo interamente; tuttavia dobbiamo tranquillarci nel risultato che giusta questo passo il pegno costituito « sine fraude » non è soggetto alla revoca. Ma in quest' ipotesi l' inapplicabilità dell' interdetto è tanto sicura che è banale il discuterne; inoltre resta a spiegarsi la seconda parte del frammento, la quale è non ultima cagione delle difficoltà che hanno impedito di cogliere il vero senso della l. 13. Queste stesse obbiezioni si possono

[1] *Commentarius ad Pandectas* lib. 42 tit. 8 n°. 18.

[2] Paulus l. 68 ad edictum: « Illud constat eum qui pignus tenet hac actione non teneri: suo enim iure et ut pignus, non rei servandae causa possidet ».

Come è provato dall'iscrizione, il frammento si riferiva in origine all' interdetto.

[3] Cfr. Otto p. 79; Dernburg *Pfandrecht* I p. 198 n. 19.

[4] p. 80. — [5] p. 53. — [6] p. 261 sgg.

muovere al Reinhart [1], per cui la l. 13 insegnerebbe che la semplice circostanza che taluno possegga un pegno in garanzia del suo credito contro il decotto non autorizza a ritenere che egli lo abbia ex lucrativa causa, o l'abbia acquistato in mala fede: indarno si cercherebbe nel testo una parola che paia legittimare lontanamente queste supposizioni.

Una parte di vero contiene l'interpretazione del Cuiacio [2], secondo cui Paolo direbbe che, quando un creditore è immesso nel possesso « rei servandae causa » ed ottiene il pignus praetorium, gli altri creditori hanno diritto mediante l'azione revocatoria di partecipare con lui al possesso ed al pegno, ciò che non si verifica, quando il creditore contemporaneamente alla nascita del credito si procura un pegno convenzionale. Peraltro il Cuiacio cade in due gravi errori: il primo è quello di pensare che i creditori avessero bisogno dell'azione revocatoria per immettersi nel possesso del patrimonio del debitore dopo che altri ha chiesto ed ottenuto la missio in bona; il secondo che il pegno non contemporaneo al credito sia revocabile, mentre la l. 13 non fa punto questa distinzione.

Simile all'opinione del Cuiacio è quella del Weber [3], che il passo esprima il principio che la cosa data in pegno non può essere richiamata alla massa concorsuale, poichè il creditore pignoratizio ha un diritto superiore a quello dei creditori posteriormente immessi nel possesso del patrimonio del debitore; solo che il Weber esclude che la l. 13 si riferisca all'azione revocatoria, nel qual modo egli evita l'errore del Cuiacio, ma non rispetta alla sua volta la verità, poichè nel l. 68 ad edictum Paolo commentava l'interdetto, ed « hac actione » è interpolato per « hoc interdicto »: infatti di quale altra azione si potrebbe trattare?

Soltanto la evidente erroneità delle interpretazioni finora ricordate può spiegare il favore con cui è stata accolta l'opinione dell'Huschke [4]. Il senso del passo sarebbe questo: i creditori immessi « rei servandae causa » nel possesso del patrimonio del debitore, che ha acquistato qualche cosa in mala fede o

[1] p. 122.
[2] *In lib. LXVIII Pauli ad edictum* ad h. l. (*Opera* V 811).
[3] *Beiträge zu d. Lehre von ger. Klagen und Einreden* I p. 80.
[4] XIV p. 102 n. 2. Cfr. anche Fischer p. 75 n. 1; Serafini II p. 157 sgg.

a titolo lucrativo, sono tenuti con l' azione revocatoria come suoi rappresentanti; invece quest' azione non può intentarsi contro il creditore che abbia ricevuto in pegno la cosa fraudolentemente acquistata. L' interpretazione dell' Huschke è quella che forse meno si allontana dalla lettera del testo, ma è come le altre inaccettabile. Ammesso che l' interdetto competesse contro il terzo mediato, il che ci pare di aver dimostrato [1], non v' è alcuna ragione che esoneri da questa responsabilità il creditore che si è lasciato costituire dal suo debitore un diritto di pegno su d' una cosa che egli sapeva essere stata da altri alienata in frode dei creditori. Nè, ciò affermando, noi ci mettiamo in contraddizione con la nostra opinione che nel diritto classico il pegno non fosse soggetto alla revoca. Neanche il pagamento era revocabile, e nondimeno Papiniano potè logicamente accordare l' interdetto contro il creditore del tutore che era stato pagato dal debitore del pupillo, perchè il pagamento non era stato fatto col denaro del vero debitore [2]. Analogamente, nel caso supposto dall' Huschke dovrà ammettersi la revoca del pegno, perchè l' oggetto di esso è pervenuto in proprietà del costituente per effetto di un negozio fraudolento del quale il creditore è a conoscenza. Al contrario i creditori immessi nel possesso del patrimonio del debitore non lo rappresentano e non possono quindi essere convenuti con l' azione revocatoria in vece sua; chi ha diritto a quest' azione è egli stesso un creditore, e può associarsi agli altri nel possesso del patrimonio.

Il Lenel [3] comprese che queste diverse interpretazioni sono tutte infondate, ma non seppe liberarsi dal preconcetto che la costituzione di pegno fosse revocabile: e però anch' egli dovette attribuire alla l. 13 un significato che assolutamente non si concilia con le parole del testo. L' illustre romanista crede che Paolo affermasse non spettare l' interdetto al titolare del diritto di pegno, e questo principio, a differenza di altri che si sono voluti trovare nel nostro frammento, è esatto; ma la legge, almeno nella sua forma attuale, dice un'altra cosa, non che il creditore pignoratizio non ha l' azione revocatoria, bensì che non

[1] V. sopra cap. VII n. 4.
[2] V. sopra p. 205 sgg.
[3] *Palingenesia* I p. 1084 n. 1.

è tenuto con essa. Non basta perciò supporre, come fa il Lenel, che i compilatori abbiano inteso male il passo; occorrerebbe dimostrare che esso sia stato alterato. Ora d' una tale alterazione non si saprebbe addurre altra prova se non quella che il testo finora non è stato spiegato in modo soddisfacente.

Tuttavia, ci piace ripetere ciò che osservavamo fin da principio, il significato del passo è assai semplice. Il creditore pignoratizio non può essere convenuto con l' interdetto, ecco la regola enunciata da Paolo, « illud constat eum qui pignus tenet *hoc interdicto* non teneri ». Con le parole che seguono il giureconsulto confuta un' obbiezione che si sarebbe potuta opporre a questa regola; perchè gli altri creditori non devono avere alcun diritto alle cose soggette a pegno convenzionale, mentre conservano i loro diritti verso le cose sulle quali si è costituito il pegno pretorio? Paolo risponde: perchè nel primo caso il creditore acquista un diritto proprio sull' oggetto ricevuto in pegno, nel secondo egli lo possiede semplicemente « rei servandae causa »; infatti altrove[1] lo stesso Paolo ci insegna che « nec sibi quicquam adquirit, cui praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit ».

Adunque la l. 13 è nella sua sostanza genuina, ed esprime il principio che il pegno non è revocabile. Ciò che volentieri concediamo al Lenel si è che i compilatori non dovettero accorgersi del significato del testo; altrimenti l' avrebbero interpolato, come fecero per gli altri passi.

L' interpolazione della l. 22 D. h. t. fu segnalata già dal Gradenwitz[2] e dall' Eisele[3], ed è di una notevole evidenza. La questione proposta a Scevola non era precisamente quella, se contro il creditore pignoratizio competessero i mezzi revocatorii, ma se la costituzione di pegno fatta in frode dei creditori fosse inefficace, « an nullius momenti esset »[4]; anzi, come si ricava

[1] Cfr. l. 12 pr. D. 42. 5.
[2] *Interpolationen* p. 200.
[3] « *Zeitschr. der Sav. Stift. f. Rechtsg.* » 10 p. 319.
[4] Questa frase ha suscitato le meraviglie degli interpreti (cfr. HASENBALG p. 66 n. 2; SERAFINI II p. 152) ed ha dato luogo ad alcune supposizioni arbitrarie (cfr. DERNBURG *Pfandrecht* I p. 198 n. 20, ed anche SAVIGNY *Sistema del dir. rom.* IV p. 613 n. 2 della trad. ital. di V. SCIALOIA). In sostanza è parso strano che si domandasse se fosse nullo un negozio, il quale tutt' al più sarebbe rescindibile con l'azione revocatoria; ma non si è

dal tenore della risposta, l' interrogante voleva più particolarmente sapere se si potesse proibire al creditore di valersi del diritto di pegno concessogli. Rispondendo negativamente, « creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod, in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset », il giureconsulto non solo viene ad ammettere che il creditore possa agire per il rilascio delle cose ipotecate, ma esclude che alla sua azione si possa opporre l' exceptio fraudis. Onde le parole con cui attualmente finisce il testo, « nisi in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent », si rivelano, pel contenuto e per la forma, un' appiccicatura.

Ma posto che Paolo e Scevola negavano la revoca del pegno, chi vorrà credere che sia stato davvero « saepissime constitutum » ciò che si legge nella l. 10 § 13 D. h. t.? È mai ammissibile che i due giureconsulti si siano ribellati ad un principio ripetutamente sancito da costituzioni imperiali? Inoltre il caso del § 13 è contrapposto a quello del § precedente, « si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit », e però anche la decisione dovrebbe essere nei due §§ diversa; invece il § 12 dichiara « in factum actioni locum fore », ed ugualmente il § 13, « hac actione tenebitur ». Per tutte queste ragioni bisogna ritenere che Ulpiano abbia per lo meno scritto « *non* tenebitur ».

Ne segue che nella l. 6 § 6 D. h. t. debba essere emblematica la parola « pignora », se pure l' esempio « ut puta pignora venditionesque » non è totalmente fattura dei compilatori.

Fra i testi che riguardano la costituzione di pegno si cita da alcuni [1] anche la l. 2 D. h. t. [2] Ma noi stimiamo più verosimile che le parole « vel quem alium in fraudem creditorum praeponat » debbano intendersi del caso in cui il decotto rinuncia al grado della sua ipoteca in favore di un creditore ipote-

riflettuto che Scevola non esaminava già la questione se fosse ammissibile contro il creditore l'azione revocatoria, bensì se un patto fraudolento d'ipoteca potesse conferire a costui il diritto di perseguire con successo i pignora.'

[1] Cfr. Hasenbalg p. 56; Fischer p. 75; Grützmann p. 70.

[2] Ulpianus l. 73 ad edictum: « idem erit probandum: et si pignora liberet vel quem alium in fraudem creditorum praeponat ».

cario a lui inferiore [1]. Tuttavia riconosciamo che forse la forma del testo lascia a desiderare; peraltro, se ciò spiega il sorgere delle proposte di emendazione, non ci induce ad accogliere quella del Krüger e del Mommsen [2] che vorrebbero leggere « vel quem aliorum in fraudem creditorem praeponat », poichè, o il passo si reputa genuino, ed Ulpiano non poteva esprimere questo concetto, essendo per diritto classico il pegno irrevocabile, o lo si attribuisce ai compilatori, e tutto ciò che v' ha di difettoso nella frase in questione dovrebbe probabilmente ritenersi la conseguenza delle alterazioni da loro compiute.

Riassumiamo i risultati dell'esegesi dei testi finora esaminati. Noi abbiamo primieramente assodato che il diritto classico negava l'applicabilità dell'azione revocatoria alla costituzione di pegno « in vetus creditum ». Le fonti parlano di debito antico, senza distinguere se esso fosse scaduto o meno [3], ed è facile comprendere perchè non si occupino dell'ipotesi che il pegno sia accordato contemporaneamente alla assunzione del debito; basta riflettere che in questo caso sarebbe fraudolenta la stessa obbligazione del decotto, e però sarebbe colpita dall'editto della l. 25 D. 42. 5.

Il diritto giustinianeo ha invece esteso la revoca anche alle costituzioni di pegno: le condizioni sono naturalmente le medesime che per ogni altro atto del fraudator. Se non che è gravemente controverso se l'acquisto che fa il creditore ricevendo un pegno dal suo debitore sia da reputare a titolo gratuito. Alcuni autori [4] ritengono che non sia necessaria la scientia fraudis, a meno che il creditore non abbia fatto una controprestazione, la quale potrebbe consistere anche nella semplice rinuncia ad esigere subito il pagamento [5]. In fondo giusta questa teoria sarebbe a titolo gratuito solamente il pegno costituito per un debito non ancora scaduto [6].

[1] Cfr. anche HUSCHKE XIV p. 82 n. 1; SCIALOIA (citato da SERAFINI II p. 104 n. 1).

[2] Cfr. MOMMSEN ad h. l.

[3] Nondimenò il SERAFINI II p. 153 ritiene che con l'espressione « vetus creditum » si alluda ad un debito già scaduto.

[4] Cfr. REINHART p. 124; HASENBALG p. 81 sgg.; FRANCKE LXII p. 485 sgg.; WEBER op. cit. p. 78 sgg.; DERNBURG op. cit. I p. 200; WINDSCHEID II § 463 n. 33*a*.

[5] Cfr. DERNBURG loc. cit.; WINDSCHEID II § 463 n. 33*b*. Peraltro l'HASENBALG p. 89 sgg. ritiene necessario che la dilazione del pagamento sia espressamente promessa.

[6] Più complicata è la distinzione proposta dal GRÜTZMANN p. 69.

Altri richiedono che il creditore sia partecipe della frode ;[1] e pare anche a noi che questa seconda opinione meriti la preferenza. Riteniamo cioè che non si possa mai considerare la costituzione del pegno come un negozio a titolo lucrativo, poichè esso ha sempre per iscopo di garantire il pagamento; la prestazione che riceve il costituente consiste nell'estinzione del debito, quando il diritto di pegno sarà realizzato. Del resto, anche accettando la premessa da cui muovono gli avversari, la questione, se occorra per la revoca di un atto la scientia fraudis, non è risoluta con ciò solo che si è stabilito essere l'atto a titolo gratuito: fa d'uopo non dimenticare che l'azione contro il nesciens fraudis era concessa « causa cognita ». Ora, se è vero che i testi relativi al pegno non provano nulla in nessun senso [2], è invece buono l'argomento che si trae dalla l. 25 pr. D. h. t. Venuleio suppone che sia intervenuta l'accettilazione col debitore principale; ma quantunque così anche il fideiussore sia liberato dall'obbligazione senza corrispettivo, nondimeno il giureconsulto esclude l'azione revocatoria contro di lui, se sia ignaro della frode, « quoniam magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat ». Perchè non si dovrebbe dire lo stesso del creditore che ha ricevuto un pegno dal decotto? [3]

Le ipotesi, che il debito per cui vien dato il pegno sia soggetto a condizione, o semplicemente naturale, non presentano alcuna difficoltà. In nessuno dei due casi si può parlare di revoca: non nel primo, perchè il pegno non avrà effetto, se non quando si sarà verificata la condizione; non nel secondo, perchè, avendo noi ritenuto che nel diritto classico il pagamento dell'obbligazione naturale fosse irrevocabile, non possiamo ammettere un principio diverso a proposito del pegno. È appena necessario soggiungere che nel diritto giustinianeo, essendo il pagamento dell'obbligazione naturale soggetto alla revoca, la stessa norma deve valere anche per il pegno.

SIRO SOLAZZI

[1] Cfr. FRANCKE XVI p. 127 sgg.; MANKIEWICZ p. 52 n. 1; FISCHER p. 64; SCHEY p. 145; VANGEROW III § 697 IV; MAIERINI p. 211; SERAFINI II p. 154 sgg.

[2] Cfr. HASENBALG p. 82 sgg.

[3] L' HASENBALG p. 88 è invece d'opinione che non si possa equiparare il creditore pignoratizio al fideiussore, ma il motivo ch'egli adduce non è serio: il pegno giova soltanto al creditore che lo riceve, l'accettilazione, oltre che al fideiussore, al debitore principale.

LA DIOCESI ITALICIANA

DA DIOCLEZIANO ALLA FINE DELL'IMPERO OCCIDENTALE

(Continuazione: v. fasc. preced. p. 49).

II. CAMPANIA.

Fonti: Later. Veron. (manca) — Polem. Silv.: *Campania, in qua est Capua*; — Later. Spir.: *Campania in qua est Capua.* – Lat. Bamb. et Oxf.: *Campania in qua est Capua;* — Not. Dignit.: *Campaniae.* — Paul. *Hist. Lang.*, II, 17: *Septima quoque provincia Campania ab urbe Roma usque ad Siler Lucaniae fluvium producitur. In qua opulentissimae urbes Capua, Neapolim et Salernus constitutae sunt.* — Cat. Matr. l. c. 188: *Quinta provincia Campania ab urbe Roma usque ad Siler Lucaniae fluvium extenditur. In qua opulentissimae urbes Capua, Neapolim et Salernum constitutae sunt.* — Rav. Cosm. 248, 12: *Campania, quae nunc Beneventanorum dicitur patria*: ib. 249, 2: *Campania Taracinensis.* — Guid. 503: *Campania, in qua est excellentior urbium Capua.*

Autori moderni: 1) Francesco Maria Pratilli (1683-1763) *De' consolari della provincia della Campania*, Napoli 1757. È un libro pieno di errori storici in cui si contengono documenti epigrafici falsi; e di poco giovamento per non dire nessuno può riuscire a chi debba ricostruire la serie dei governatori della Campania. Del Pratilli scrisse il Mommsen [1] che « infestavit et maculavit cum universam regni Neapolitani epigraphiam tum maxime litteratarum lapidum thesaurum Campanum » [2].

2) Böcking, *Notitia*, II, 1169*. Anche la serie dei governatori della Campania proposta dal Böcking non è scevra di errori.

3) Mommsen, *Feldmesser*, II, 205.

4) De Vit, II, 98, seg.

5) Beloch, *Campanien*, 2 Aufl. Breslau 1890.

6) De Ruggiero, *Campania* (Dizionario, II, 43-44).

7) Hülsen, *Campania* (Pauly-Wissowa R. E., III, 1438).

[1] C. X, p. 373.

[2] Cf. Waltzing, *Recueil général des Inscr. latines* (Louvain 1892), p. 27, n. 1 e seg.

La Campania (corrispondente alla prima regione augustea) era limitata dal Tevere e dall' Aniene, a settentrione, a oriente dai corsi superiori del Garigliano, del Sangro e del Sebeto, dal Silaro a mezzogiorno, e dal Tirreno a occidente [1]: comprendeva dunque oltre la Campania propriamente detta, tutto il Lazio fino a Veii e alla via Aurelia. Il *liber coloniarum* [2] enumera in ordine alfabetico le città della nostra regione; sette delle quali, però, Allifae, Bovianum, Esernia, Saepinum, Telesia, Terebentum e Venafrum, furono attribuite al Sannio, quando questa regione, separata dalla Campania, verso la metà del quarto secolo, formò una provincia indipendente, ed ebbe il suo governatore speciale [3]. Le città della Campania ove furono rinvenute lapidi, che ricordano i suoi antichi governatori sono queste: Abella, Abellinum, Aeclanum, Atella, Atina, Beneventum, Capua, Formiae, Neapolis, Nola, Praeneste, Privernum, Puteoli, Suessa, Teanum, Tarracina, Telesia. Anche la Campania aveva il suo *concilium* [4] ed è giunta fino a noi la lista ufficiale, conosciuta sotto il nome di *feriale Campanum,* del 22 novembre 387, nella quale si enumerano le feste che, in quell' anno, sotto la presidenza del *sacerdos provinciae,* dovevansi celebrare dalla provincia [5]. Il tributo speciale della Campania era formato dalla calce, dai suini e dalla legna [6]. Anche oggi, osserva il compianto Ambrosi De Magistris, nella sua bella *Storia di Anagni* (I, 265), l' allevamento dei suini vi è generale, e in quanto alla calce, per parlare solo del circondario di Anagni, è noto che i contadini di Acuto e di Sgurgola hanno nome di abili *calciaroli,* ossia fabbricatori di calce. La nostra provincia fu governata da *correctores,*

[1] Garollo, op. cit., p. 52; cfr. Böcking, II, 1165*.
[2] *Röm. Feldmesser,* I, 229.
[3] Mommsen, *Röm. Feldmesser* II, 159, 206; Jullian, op. cit., p. 267; v. anche De-Vit, II, 98 e seg.
[4] Symm., *Ep.* IV, 46; Guiraud, op cit. p. 223.
[5] C. X, 3792.
[6] Per la calce e per la legna, v. C. Th. XIV, 6, 1, 3; Symm., *Relat.* 40. Terracina era una delle città che forniva, in maggior copia, cotesti prodotti a Roma. Cf. de La Blanchère, *Terracine,* p. 158. Per i suini cf. C. Th. XIV, 4, 3; Nov. Val. 35, 1, 1. Ad un ufficio amministrativo e riguardante l'esercizio dei canoni provinciali nella Campania e nella Sicilia, accenna una lapide urbana assai lacunosa e scorretta (C. VI, 1747 *add.* p. 855) la quale menziona un *M. Aurelius Naerius Symmachius v. p.* del tempo di Costantino, che, senza alcuna buona ragione, il Parisotti (*Studi e Documenti* 1890, p. 224) sostiene aver governato la Campania e la Sicilia.

i quali furono, da principio, *viri clarissimi*, o *viri consulares*, e poi, dal 333 circa, s' intitolarono *consulares;* essi risiedevano in Capua, la metropoli della provincia [1]; però, due volte, la serie dei consolari è interrotta *pro peculiari quodam negotio*, come dice il De-Vit [2], da un *proconsul Campaniae*, come vedremo in seguito. In Miseno era la sede del *praefectus classis Misenatium* (*Notitia*, p. 215 Seeck).

Disporremo la serie dei governatori della Campania nell'ordine consueto, distinguendo i correttori dai consolari e dai proconsoli.

A. — Correctores.

1. T. FLAVIUS POSTUMIUS TITIANUS.

(prima del 301)

C. VI, 1418 = Orelli 1194 = Willmanns 1225ᵃ = Pratilli, p. 60 (Roma): *T. Fl(avio) Postumio Titiano v(iro) [cl(arissimo)] co(n)s(u)li)......* correctori Campaniae, *corr(ectori) Italiae Transpadanae... T. Aelius Poemenius, v(ir) e(gregius)... patrono praestantissimo.*

Postumio Tiziano fu *corrector Campaniae* sotto Diocleziano, e prima, anzi ebbe il governo della Liguria quando chiamavasi ancora *Italia Transpadana* [3]; console per la seconda volta nel 301, (del primo consolato si ignora la data), ebbe la prefettura urbana nel 304-305. [4] La lapide, nella parte che abbiamo omessa, lo qualifica *pronepos et sectator M. Postumii Festi oratoris,* che fu discepolo di Frontone ed è ricordato nel titolo urbano C. VI, 1416.

[1] Athanasius, *hist. Arian. ad Monachos* (Athan. opp. I, 355), citato dal Marquardt, I, 251, n. 7. L' *officium* del *consularis Campaniae*, sul quale sono modellati gli *officia* degli altri *consulares* è descritto nella *Notitia Dignitatum*, p. 220 Seeck.

[2] *Onom.* II, 100; cf. De Ruggero, II, 44, 45.

[3] V. *Studi e Documenti*, 1901, p. 123.

[4] Tomassetti, III, 60.

2. DRACONTIUS.

(sotto Diocleziano)

Acta SS. [ss. Ianuarinus et alii], sett. VI, 761: *Dracontius* praeses Campaniae.

Questo correttore potrebbe essere il *Dracontius* a cui è diretto un rescritto imperiale del 294 [1].

3. POMPEIUS APPIUS FAUSTINUS.

(fra il 292 e il 300).

C. X, 4785 = I. N. 3992 = Pratilli, 56 (Teanum):... [*F*]*lavio Valerio C*[*on*]*stantio nobilissimo Caesari resp(ublica) Teanensium dedicantibus Pompeio Faustino v(iro) c(larissimo)* corr(ectore) Campaniae *et Ovinio Gallicano v(iro) c(larissimo) cur(atore), numini maiestatique eorum dicatissimis.*

Si può dubitare chi sia il Costanzo, a cui è dedicata la lapide, cioè se il Cloro, o il figlio di Costantino, attesochè ambedue si chiamarono Flavio Valerio, ma il Borghesi [2] propende per il primo. In questo caso, avendo avuto Costanzo Cloro il titolo di Cesare nel 292, ed essendo divenuto Augusto nel 305, la correttura di Pompeo Faustino, il quale fu poi prefetto di Roma nell' anno 300 [3], potrà porsi fra il 292 e il 300. Il nome Appio comparisce in una delle quattro lapidi dedicate ad Ercole invitto [4] dai pretori urbani [5], in cui si fa menzione della pretura urbana di Faustino.

[1] Nelle fonti agiografiche sono ricordati altri due governatori della Campania: 1. *Casselianus, proconsul Campaniae* (Acta SS. [s. Rufus], agosto VI, 18); la *gens Cascellia* s' incontra nelle lapidi romane, cf. De Vit, II, 155; Klebs, *Prosop. Imp. Rom.* I, 307, e seg. — 2. *Timotheus Campaniae praeses* (Act. SS. sett. VI, 761). Timoteo è il successore di Draconzio e sulla confusione che dei due presidi fanno gli atti di S. Gennaro, vedi *Acta SS.*, sett. VI, 780. — Gli atti dei santi Nereo ed Achilleo, che furono martirizzati nel primo secolo dell' impero, (*Acta SS.* maggio III, p. 11) dicono che essi, condotti a Terracina, *Memmio Rufo sunt traditi consulari,* ma, evidentemente, il compilatore degli atti riferì al primo secolo una dignità propria del tempo in cui egli viveva (quinto o sesto secolo). Cf. su cotesti atti, De Rossi, *Bull. Cr.*, 1874, p. 26; Allard, *Pers. des deux prem. siècles,* p. 165.

[2] *Oeuvres,* VI, 381.

[3] Tomassetti, III, p. 60.

[4] C. VI, 314 d.

[5] De Rossi, *Annali dell' Istituto,* 1854, p. 35.

4. P. HELVIUS AELIUS DIONYSIUS.

(sotto Diocleziano o Costantino)

C. X, 6084 = I. N. 4087 = Henzen 6909 (Formiae): *Fulviae Augurinianae c(larissimae) f(eminae), P. Helvi Aeli Dionysi cons(ularis) viri,* corr(ectoris) Campan(iae), *uxori, Formiani, publice.*

Il Mommsen, in nota alla lapide, sostiene l'identità del nostro correttore con l'*Aelius Dionysius vir clarissimus,* ricordato in un rescritto di Diocleziano e di Massimiano del 298 [1] e al quale si riferisce la lapide urbana, C. VI, 1673, ma certamente per una semplice svista, poichè altrove [2] egli stesso ammette, per la diversità dei prenomi, (il nostro Dionisio si chiama *P. Helvius,* l'altro, *L. Helvius*) che siano persone diverse [3]. Forse erano fratelli; ad ogni modo, il nostro Dionisio governò la Campania sotto Diocleziano, o nei primi anni di Costantino. Cf. Borghesi, VI, 389.

5. VIRIUS GALLUS.

(sotto Diocleziano o Costantino)

C. X, 3867 = I. N. 3613 (Capua): *Consecravit ac dedicavit Concordia Iulia Valeria Felix Capua per Virium Gallum v(irum) c(larissimum)* corr(ectorem) Campaniae.

Virio Gallo è un personaggio ignoto che amministrò la Campania durante il regno di Diocleziano o nei primi anni di Costantino.

6. VETTIUS COSSINIUS RUFINUS.

(a. 312)

Rufino, di cui già si è parlato, governava la Campania intorno al 312, poichè la lapide di Atina, che lo riguarda e riprodotta più sopra (v. pag. 90), nelle parole: *correctura eius quae saevissimam tyrannidem incurrerat,* allude all'imperio di Massenzio che morì il 27 ottobre 312.

[1] *Fragm. Vat.* 41.
[2] *Eph. Ep.* I, 141, n. 1.
[3] Una iscrizione recente di Maxula nell'Africa (C. VIII, S., 12459) è venuta a confermare che il Dionisio dei *Fragmenta Vaticana* si chiamava Lucio. Cf. Pallu De Lessert, II, 8 e seg.

B. — Consulares.

1. BARBARUS POMPEIANUS.

(a. 333)

C. X, 1199 = I. N. 1946 = Orelli, 3316 (Abella): [*Pompe*]*iani. Barbarius Pompeian(us) v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) Camp(aniae) et rel....

C. Th. I, 2, 6: [*Imp. Constantinus*] *A. ad Barbarum Pompeianum* consularem Campaniae. — *Dat. III id. Novemb. Aquis, Dalmatio et Zenophilo VV. CC. Coss.* (11 novembre 333).

La data precisa del governo di Pompeiano in Campania è fornita dal rescritto constantiniano del 333; egli è dunque il più antico consolare che si conosca. Non lo si confonda, però, come fanno alcuni, col *Gabinius Barbarus Pompeianus* [1], che fu proconsole d' Africa nel 400-401 e che del nostro Pompeiano era figlio o nipote [2]. La lapide di Abella lo chiama *Barbarius*, ma il suo vero nome è *Barbarus*, come attestano la lapide prenestina [3] e il rescritto constantiniano che lo riguardano [4].

Una iscrizione di Nola (C. X, 1247 = Pratilli, 69) è così concepita: *Domi Domitianum Barbarorum .... Nolanus ordo et populus consecravit, curante ac dedicante Ortensio conviaro provinciae Campaniae.* Il Mommsen suppone che questo titolo sia riferibile allo stesso Pompeiano « sed a coniecturis abstineo, così egli, nam fracta et evanida apud hos auctores ita referri solent, ut proxime res accedat ad interpolationem ».

2. C. IULIUS RUFINIANUS ABLABIUS TATIANUS.

(circa il 334)

Se, come si è visto [5], Giulio Taziano governò l'*Aemilia*, nel 321, e poi fu *consularis Campaniae*, è molto probabile che egli sia stato, nel governo della nostra provincia, uno dei primi suc-

[1] C. VIII, 969.
[2] Cf. Pallu de Lessert, II, 116.
[3] C. XIV, 2919.
[4] Cf. Borghesi, VI, 157; VII, 491.
[5] *Studi e Documenti*, 1901, p. 128.

cessori di Pompeiano, sebbene, nella congettura proposta, mi paia un pò troppo lungo l' intervallo di più di dieci anni che conviene porre fra i due ufficî tenuti da Taziano [1].

3. Q. FLAVIUS MAESIUS EGNATIUS LOLLIANUS MAVORTIUS.

(circa il 336)

C. X, 4752 = Wilmanns 1230 [a] = Dessau, 1223 (Suessae): *Q. Fl. Messio Egnatio Lolliano v(iro) c(larissimo)..... consulari Campaniae, ordo populusque Suessanus* [2].

Di Mavorzio, personaggio insigne vissuto ai tempi di Costantino, di Costantino II e di Costante ho scritto altrove a proposito della sua *cura Tiberis* e della sua *cura aquarum* [3]. Il titolo suessano che omette il nome Mavorzio, menzionato nei titoli puteolani [4], essendo anteriore al 337, e posteriore al 324, indica chiaramente che il consolariato di Mavorzio deve porsi negli ultimi anni di Costantino. Firmico Materno giuniore che gli dedicò i suoi libri *Matheseos*, nella prefazione a quei libri, allude al governo di Mavorzio nella Campania con queste parole: *cum esses in Campaniae provinciae fascibus constitutus* [5]. Di lui ha trattato, in una monografia speciale, il Gervasio: *Osservazioni sulla iscrizione onoraria di Mavorzio Lolliano*, Napoli 1846 [6].

4. C. CAELIUS CENSORINUS.

(circa il 337)

C. X, 3732 = Henzen 6507 = Wilmanns 1122 = Dessau, 1216 (Atella): *C. Caelio Censorino v(iro) c(larissimo)... co(n)s(ulari) provinc(iae) Sici(liae)*, co(n)s(ulari) Camp(aniae)... *ordo*

[1] Cf. Pratilli, 71. = Böcking, II, 1172*.
[2] Cf. C. VI, 1773; X, 1695, 1696; Eph. Ep. VIII, 365; Pratilli, 79 = Böcking, II, 1170*.
[3] *Bull. Com.* 1889, p. 201; 1901, pag. 210-211.
[4] C. X, 1695, 1696.
[5] VIII, 8, 57.
[6] Il Pallu De Lessert (II, 138), riprendendo una congettura del Borghesi (VIII, 260 e seg.) vorrebbe attribuire a Mavorzio la lapide acefala di Roma (C. VI, 1757); v. sopra cotesta congettura le mie osservazioni nella *Cultura* 1901, p. 279-280.

populusque Atellanus, (loco) d(ato) s(enatus) c(onsulto). Cf. Pratilli, p. 64 = Böcking, II 1169*.

Celio Censorino, secondo il Mommsen [1], appartiene alla stessa famiglia di Celio Saturnino Dogmazio, vicario di Roma di cui si è sopra trattato [2]. La data del governo di Censorino nella Campania non può essere, esattamente, determinata, ma poichè egli ebbe cotesto ufficio, vivente Costantino, e fra il 335 e 336 amministrò la Sicilia, come vedremo in seguito, così possiamo ritenere che egli sia stato *consularis Campaniae* circa il 337 [3]. Dal nostro deve distinguersi il Celio Censorino, che una lapide africana ricorda essere stato *consularis sexfascalis provinciae Numidiae*, fra il 375 e il 378 [4].

5. [IU]NIUS VALENTINUS.

(sotto Costantino)

C. X, 1482 (Neapolis): *Domino nostro Fl(avio) Constantino p(io) f(elici) victori semper Augusto* [*Iu*]*nius Va*[*len*]*tinu*[*s*] *v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) [C]amp(aniae)...

Leggo [*Iu*]*nius* col Nissen che primo vide la lapide. Valentino fu preposto al governo della Campania al tempo di Costantino fra il 333 e il 337.

6. ANONIMO.

(sotto Costantino)

C. IX, 2206 = I. N. 4855 (Telesia)..... [*Cons*]*tantio bea*-[*tissimo caesari... co*]*nsularis Camp(aniae)* [*curante ordine splendidissimo tele*]*sino*.

Il rettorato della Campania di cotesto anonimo personaggio è circoscritto fra il 333 in cui appariscono i consolari nella Campania e il 337 in cui Costanzo II, a cui è dedicata la base, divenne Augusto.

[1] *Nuove Memorie*, II, 300.
[2] v. pag. 53.
[3] Cf. De-Vit, II, 32; e la mia serie dei *curatores viarum* (Bull. Com. 1891, p. 118).
[4] C. VIII, 2216; cf. Pallu De Lessert, II, 332.

7. DOMITIUS SEVERIANUS.

(dopo il 333)

Eph. Ep. VIII, 456 (Literni): . . . . *Domitius Severianus v(ir) c(larissimus)* con[sularis] Campaniae etc.

Forse è il proconsole d'Asia del 349 (C. Th. XVI, 2, 9), o il proconsole di Acaia del tempo di Giuliano. Cf. Lib. *ep.* 917, 918; Sievers, *Libanius*, p. 269; S. Dino, *Bull. dell' Inst.* 1885, p. 14-15. Che sia il *dux militum* residente nelle Gallie nel 366 (C. Th. V, 5, 1), come vuole il Wolf, non parmi probabile.

8. Q. CLODIUS HERMOGENIANUS OLYBRIUS.

(prima del 361)

C. X, 6083 = I. N. 4085 = Pratilli, 78 (Formiae): *Quinto Clodio Hermogeni[ano] v(iro) c(larissimo),* cons(ulari) Cam[paniae], *ordo et popul[us] Formianus patrono praest[an]tissimo.* Cf. Böcking, II, 1171*.

Questo celeberrimo personaggio del quarto secolo, appartenente alla famiglia Anicia, era figlio primogenito di Adelfio, prefetto urbano nel 351, e della poetessa Proba, autrice del centone virgiliano sul Redentore. La base onoraria di Turrania Anicia Giuliana, moglie di Olibrio a lei dedicata dal cliente Clodio Rufo [1], menziona, oltre il nome *Olybrius*, anche l'intero *cursus honorum* di Ermogeniano, disposto secondo l' ordine cronologico delle dignità da lui sostenute. Egli amministrò la Campania prima del 361, poichè il Seeck [2] ritiene che abbia ricevuto durante cotesto ufficio, due rescritti imperiali [3] del 19 maggio 361 diretti a Clodio, senza la qualità del destinatario, e nell' agosto di quello stesso anno era giunto al proconsolato d' Africa che tenne fino al principio del 363 [4].

[1] C. VI, 1714.
[2] *Chr. Sym.*, p. XCVII.
[3] C. Th. II, 19, 4, 20, 1.
[4] Cf. Pallu De Lessert, II, 63 e seg.

9. IULIUS FESTUS HYMETIUS.

(prima del 362)

La lapide urbana [1] che riguarda Imezio e che fu in parte riprodotta più sopra lo qualifica come consularis Campaniae cum Samnio; ora se il Sannio fu, per un tempo, unito alla Campania, dalla metà del secolo quarto in poi, come diremo in seguito, ebbe separata amministrazione sotto un semplice preside, per la qual cosa Imezio che reggeva la Campania, innanzi il 362, nel quale anno divenne vicario di Roma, deve aver ritenuto il Sannio in amministrazione provvisoria, poichè le iscrizioni onorarie dei consolari, successori di lui, nel governo della Campania, non fanno mai menzione del Sannio. Forse, di cotesta provincia egli era stato preside e continuò a governarla, provvisoriamente, dopo essere stato preposto all' amministrazione della Campania. Un altro esempio di un governo provvisorio lo abbiamo veduto in Massimino governatore della Tuscia [2].

10. [VI]RIUS LUPUS.

(sotto Giuliano Apostata)

C. X, 3858 = I. N. 3616 (Capua): [*Vi*]*rius Lupus (vir) c(larissimus)* [c]ons(ularis) Camp(aniae) [*c*]*uravit.* — Cf. Pratilli, 76 = Böcking, II, 1178*; C. XIV, 2928.

A Virio Lupo si sogliono riferire queste parole di Simmaco [3]: *divo Iuliano moderante rempublicam, cum Lupus consulari iure Campaniae praesideret* et rel., dalle quali apprendiamo che egli amministrava la Campania ai tempi di Giuliano Apostata [4]. Il Garrucci [5] sostiene, ma, secondo me, a torto, l'identità di Virio Lupo con Flavio Lupo, che incontreremo frappoco.

[1] C. VI, 1736.
[2] v. pag. 95; cf. De Rossi, *Bull. dell' Istituto,* 1852, p. 179.
[3] *Rel.* 40.
[4] Cf. De Rossi, *Annali dell' Istituto,* 1849, p. 291.
[5] *Iscrizioni di Benevento,* p. 94.

11. BULEFORUS.

(a. 364-365)

C. Th. IX, 30, 2: [*Impp. Valentinianus et Valens*] *A A. ad Buleforum* consularem Campaniae — *Dat. III Non. Oct. Altino divo Ioviano et Varroniano Coss.* (5 ottobre 364). Cf. C. Th. XV, 15, 1 (a. 364); VIII, 5, 24 (a. 365).

Buleforo, persona, del resto, ignota, come risulta dalle iscrizioni dei rescritti imperiali citati, governò la Campania nel 364-365.

12. FELIX.

(a. 365)

Consult. Vet. Iur. IX, 7: *Impp. Valentinianus et Valens AA. Felici* consulari [Campaniae]. — *Dat. XIII Kal. Aug. Mediolani ipsis AA. conss.* (19 luglio 315).

Nel testo della iscrizione è scritto veramente *consulari Macedoniae*, ma il Cuiacio [1] e il Gotofredo [2] mostrarono dovervisi leggere *Campaniae* perchè il rescritto è datato da Milano e quindi riguarda l' impero d' Occidente e non d' Oriente a cui apparteneva la Macedonia. Il consolare Felice è persona ignota.

13. AMPHILOCIUS.

(a. 370)

C. Th. XII, 1, 71: [*Impp. Vatentinianus et Valens*] *A A. et Gratianus A. ad Amphilocium* consularem Campaniae *sive ad Sophronium consularem Piceni. — Dat. III Non. Maii, Treviris, Valentiniano et Valente III AA. Cos.* (5 maggio 370).

Di Anfilocio null' altro sappiamo fuorchè governò la Campania nel 370. Osserva l' Haenel [3] che il *sive* indica che i compilatori del codice Teodosiano si servirono di due copie della stessa costituzione, diretta però a due governatori diversi [4].

[1] Cod. Th., Lugduni 1566.
[2] *Cod. Th.* I, 414.
[3] C. Th. c. 1227*.
[4] Cf. Böcking, II, 1169*.

14. AVIANIUS VALENTINUS.

(sotto Valentiniano I)

C. X, 1656 = I. N. 2498 = Pratilli, p. 80 = Böcking, 1172* (Puteoli): *Felicitati perpetui temporis d(omini) n(ostri) Valentiniani victoris ac triumfatoris semper Aug(usti), Avianius Valentinus v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) Campaniae, *devotus numini maiestatique eius.*

Personaggio ignoto; fu consolare della Campania sotto il regno di Valentiniano I, cioè, fra il 364 e il 375. Gli antichi editori della lapide ne storpiarono il nome; alcuni, come il Muratori [1], leggevano *Arianus Valentinianus*, ed altri, come il Pratilli, che pur lo confonde con Vindiciano, leggevano *Ovinius Valentinus*. La lezione *Avianius Valentinus* è accertata dal Mommsen.

15. FLAVIUS LUPUS.

(sotto Valentiniano)

C. IX, 1580 (Beneventum): *Salvis d(ominis) et Aug(ustis) n(ostris)... Fl(avius) Lupus v(ir) c(larissimus)....* cons(ularis Camp(aniae)....

I tre Augusti sotto i quali Flavio Lupo governò la Campania sono, a quanto pare, Valentiniano, Valente e Graziano (a. 364–375); di Lupo altre notizie non sono conservate nei documenti del tempo [2].

16. AVIANIUS VINDICIANUS.

(prima del 378)

C. X, 1683 = I. N. 2613 = Pratilli, 79 (Puteoli): *Avianius Vindicianus v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) Camp(aniae) *curavit.*

Di Vindiciano abbiamo trattato a lungo a proposito del suo vicariato di Roma [3]. Le iscrizioni di Terracina (C. X, 6312-13)

[1] *Th.* 675, 7.
[2] Cf. Garrucci, op. cit. p. 94.
[3] V. pag. 66.

che riguardano Vindiciano attestano che, durante il suo consolariato, egli innalzò statue ad ornamento di quella città e riedificò le terme che un incendio aveva distrutte. I primi editori di una di quelle iscrizioni [1] gli attribuivano il prenome *L(ucius)*, ma il Mommsen non conferma la loro ipotesi. Vindiciano governò la Campania prima del 378 in cui, come si è visto, divenne vicario di Roma.

17. PONTIUS MEROPIUS PAULINUS.

(circa il 380)

Paulini N. carmen XXI (ed. Hartel): *Te duce fascigerum gessi primaevus honorem... Iam tunc praemisso per honorem pignore sedis... Campanis metanda locis habitacula fixi....* ergo ubi bis terno dicionis fasce levatus, *deposui nulla maculatam caede securim . . . . .* (vv. 374-396).

Già il Muratori [2] da cotesti versi aveva arguito che san Paolino vescovo di Nola amministrò, come consolare, la Campania, intorno al 380; ma il De Rossi, di illustre memoria, mi faceva gentilmente notare che i versi 395 e 396 ne dànno la prova più convincente, poichè da essi appare che Paolino era stato, nella Campania, *sexfascalis*, cioè, *consularis sexfascalis*, e noi sappiamo, appunto, e ne vedemmo un esempio in Claudio Lacanio, consolare della Tuscia, che i sei fasci formarono la prerogativa dei consolari, mentre cinque ne avevano i *correctores*, perciò, chiamati *quinquefascales* [3].

18. NICOMACHUS FLAVIANUS IUNIOR.

(prima del 383)

C. VI, 1783 (Romae): *Nicomacho Flaviano con(sulari) Sicil(iae) . . . reddita in honorem filii Nicomachi Flaviani* cons(ularis) Camp(aniae), *procons(ulis) Asiae, praef(ecti) urbi saepius, nunc praefecti praet(orio) Italiae, Illyrici et Africae et rel.*

[1] *Bull. dell' Istituto*, 1856, p. 139.
[2] Paulini N., *Dissertatio decima*, p. 792 (Migne L, 61).
[3] Cf. Pratilli, p. 83; Mommsen, *Bull. dell' Istituto*, 1852, p. 175.

La storia dei due Flaviani, padre e figlio, fu ampiamente trattata dal De Rossi negli *Annali dell'Istituto,* 1849, p. 312 e seg., e a quella classica memoria rimando il lettore per maggiori particolari. La data precisa del governo di Flaviano giuniore nella Campania non si può stabilire, ma deve porsi prima del 383, poichè in quell'anno Flaviano era proconsole d'Asia [1]. Rimangono parecchie lettere di Simmaco a lui indirizzate (VI, 1-81); cf. Seeck, *Chr. Sym.,* p. CXII, CLXI.

19. VALERIUS HERMONIUS MAXIMUS.

(a. 392-393)

C. X, 1690 = I. N. 2509 = Orelli, 6581 (Puteoli): *Pro felicitate dominorum augustorumque nostrorum ripam a parte sinistra macelli, iactis molibus propter incursione ingruentium procellarum, Valerius Hermonius Maximus v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) Camp(aniae) *incoavit adque perfecit.* — Cf. X, 1691.

Sono due iscrizioni che si riferiscono a lavori pertinenti alle ripe del macello di Pozzuoli cominciati e compiuti dal consolare Valerio Ermonio Massimo, ma dedicati poi da Fabio Pasifilo, come ricavasi da una terza iscrizione [2] la quale, portando i nomi dei tre Augusti, Teodosio, Arcadio ed Onorio, resta circoscritta fra il settembre 394 e il gennaio 395. Pasifilo, infatti, fu da Teodosio, vinto ed ucciso l'usurpatore Eugenio, destinato a *vicem agere* nella prefettura d'Italia, e in quella di Roma in luogo dei ribelli, Nicomaco Flaviano seniore prefetto del pretorio d'Italia, e Flaviano giuniore prefetto di Roma partigiani entrambi di Eugenio e aderenti alla fazione pagana. Avendo il consolare della Campania seguite le parti di Eugenio, Pasifilo fu inviato in quella provincia per provvedere alla sua amministrazione; nella qual congiuntura celebrò la dedicazione dei lavori compiuti in Pozzuoli da Valerio Ermonio. Il Borghesi [3], peraltro, ritiene che Valerio non sia stato il predecessore immediato di Pasifilo, inviato,

[1] Sulle sue prefetture urbane (*saepius* dice la lapide) cf. De Rossi, l. c. p. 314; Tomassetti, III, 512 e seg.

[2] C. X, 1692.

[3] *Oeuvres* VIII, 413.

provvisoriamente, nella Campania, poichè il suo nome e la sua memoria, rispettata nelle lapidi, provano che egli non fu compreso fra i ribelli poi condannati. Ma non determinando Valerio, nelle iscrizioni, i nomi degli imperatori, è supponibile, osserva, sempre il Borghesi, che, pendenti gli accordi fra Teodosio ed Eugenio, egli fosse esitante nel dichiararsi seguace piuttosto dell' uno, che dell' altro, e, perciò, scegliesse il partito di non menzionare alcuno dei contendenti. Eugenio, allora, lo sostituì con un magistrato a lui più devoto, il quale sarà, poi, stato coinvolto nella caduta dell' usurpatore. Accettando, così, l' ipotesi del Borghesi, il rettorato di Valerio nella Campania potrà porsi nella seconda metà dell'anno 392 e nel 393 [1].

20. GRACCHUS.

(a. 397)

C. Th. XIV, 7, 1: *Impp. Arcadius et Honorius AA. Graccho* consulari Campaniae. — *Dat. IX Kal. Iun. Mediolano, Caesario et Attico Coss.* (24 maggio 397).

A quanto pare, è lo stesso Gracco che, nel 415, occupò la prefettura di Roma [2] ed è probabile la congettura del Tillemont [3] il quale ritiene che sia il figliuolo o il nipote di *Furius Maecius Gracchus*, prefetto urbano nel 376-377 [4].

21. ACILIUS GLABRIO SIBIDIUS SPEDIUS.

(fine del secolo quarto)

C. VI, 1678 = Pratilli, 91 = Dessau, 1281 (Roma): *Spedii. Acilio Glabrioni Sibidio v(iro) c(larissimo)....* consulari Campaniae, *vicario per Gallias septem provinciarum .... Anicius Acilius Glabrio Faustus v(ir) c(larissimus) .... togatam statuam.... ponendam erigendamque curavit.*

La lapide fu dedicata a Sibidio dal figlio suo Fausto con-

[1] Cf. Pratilli, p. 81; De Rossi, *Bull. Napoletano*, n. s., II, 153; *Bull. Crist.* 1868, p. 63; 1875, p. 154.

[2] Cf. Corsini, *Series*, p. 336.

[3] Tillemont, V, 793.

[4] Tomassetti, l. c. III, p. 504. Cf. Seeck, *Chron. Sym.* adn. 930; De-Vit, III, 264.

sole ordinario nel 438; egli deve aver amministrato la Campania sul finire del quarto secolo, ma la data precisa del suo governo non si può stabilire [1].

22. POSTUMIUS LAMPADIUS.

(fine del quarto o principio del quinto secolo)

C. X, 1704 = I. N. 2619-20 = Pratilli, 112 (Puteoli): *Postumius Lampadius v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) Camp(aniae) *curavit.*

In una lapide di Capua (C. X, 3860) da cui si apprende che Postumio era nativo di quella città *(restitutor patriae)* si fanno molti elogi della sua amministrazione in Campania *(redintegrator operum publicorum, ordinis provisor, populi subventor)*, la quale deve porsi sulla fine del quarto, o sul principio del quinto secolo, poichè Lampadio fu prefetto di Roma fra il 403 e il 408 [2], e non deve esser confuso, come fece il Corsini [3], con *Caeionius Rufius Volusianus qui et Lampadius* prefetto urbano nel 365, come ha ben dimostrato il Seeck [4].

23. AEMILIUS RUFINUS.

(fra il 423 e il 450)

C. IX, 1563 = I. N. 1417 (Beneventum): *D(ominis) n(ostris) invicti*[*ssimi*]*s Theodosi*[*o et Val*]*entiniano... Aemilius Rufinus... co(mes) primi ord(inis)* [co]ns(ularis) Campaniae *statuam...* [*ad o*]*rnatum publicum... constituendam curabit.* — in latere: *Euresi fid*[*e*]*l*[*i*]*s maneas Dei semper.*

Il Garrucci [5] sostiene che il magistrato autore di questa base onoraria sia l' Euresio, *vir clarissimus*, ricordato da Simmaco nell' *oratio pro Synesio* (338, 19 Seeck), ma a me pare che il nome *Euresi* che si trova scritto *in latere* alla lapide non possa riferirsi all' *Aemilius Rufinus* della iscrizione primaria;

[1] Cf. Seeck, *Chr. Sym.*, p. XC; De-Vit, I, 40.
[2] C. VI, 9920.
[3] *Series*, p. 235.
[4] *Hermes*, 1883, p. 294; *Chr. Sym.* p. CC; cf. Böcking, II, 1170*.
[5] Op. cit. p. 101.

e così pure pensa il Mommsen, che al nostro consolare non attribuisce il nome Euresio. Gli imperatori, ai quali è dedicata la base, sono Teodosio II e Valentiniano III, sicchè il consolariato di Emilio Rufino deve esser posto fra il 423 e il 450.

Incerti.

1. BETITIUS PIUS MAXIMILIANUS.

C. IX, 1121 = I. N. 1109 = Henzen 6511 (Aeclanum): *Betitio Pio Maximiliano* co[n]sulari C[ampaniae.... *cur(atori)] col(oniae Cartag[inis] vice operum p[ublicor(um)] allecto inter....*

Di età incerta, ma posteriore al 333. Il Borghesi [1] ragiona a lungo intorno ad un Betizio Pio, ma le conclusioni a cui giunge non sono accettabili, poichè egli le fondava sopra una lezione un pò differente della nostra lapide.

2. FLAVIUS EUSEBIUS.

C. XI, 3203 (Nepet): *Memoriam Fl. Eusebius.....* Campaniae.... consularis....

Flavio Eusebio sarebbe identico all' Eusebio che, nel 359, ebbe i fasci, insieme col fratello Flavio Ignazio e la cui sorella Eusebia fu moglie dell' imperatore Costanzo [2]. In questo caso, Eusebio avrebbe avuto il governo della Campania verso la metà del secolo quarto [3].

3. CLAUDIUS IULIUS PACATUS.

C. IX, 1575 = I. N. 1422 = Orelli = 3170 (Beneventum): *Claudio Iulio Pacato v(iro) c(larissimo),* cons(ulari) Camp(aniae)... *ordo Beneventanus patrono post fasces depositos censuit conlocandam.*

[1] *Oeuvres,* VI, 420; VIII, 171.

[2] Amm. Marc., XVIII, 1, 1; XXI, 6, 4; XXIX, 2, 9.

[3] Sulla lettura della iscrizione che, come sta scritta, non ha alcun senso, v. Mommsen, *Bull. dell' Istituto,* 1866, p. 127.

Il Pratilli [1] opina che Giulio Pacato abbia governato la Campania sul finire dell'impero di Costantino, ma questa è una semplice congettura, non confortata da alcuna prova, poichè il nostro consolare è persona ignota [2].

4. NAERATIUS SCOPIUS.

C. X, 1253 = I. N. 1987 = Pratilli, 53 = Böcking, II, 1172* (Nola): *Naeratius Scopius v(ir) c(larissimus)* con(sularis) Camp(aniae) *ad splendorem urbi Nolanae constitui praecepit.*

Un titolo beneventano [3] che menziona Nerazio, è così concepito: *divo Valeriano parenti rei p(ublicae) pio, felici, victori semper Aug(usto) Naeratius Scopius v(ir) c(larissimus) cons(ularis) Camp(aniae) numini eius maiestatiq(ue) devo*[*tus*]. Il Mommsen osserva che non può riferirsi *divo Valeriano Gallieni filio*, e, d'altra parte, non sa come emendare la iscrizione « cum praesertim ipsum *divo* corruptum esse videatur; tituli enim qui sequuntur vivi imperatoris sunt ». Ad ogni modo la lapide, che oggi più non abbiamo, attesterebbe l'esistenza di un consolare della Campania, prima dei correttori di cotesta provincia, ciò che non può ammettersi. Ma non sarebbe lecito supporre che la iscrizione beneventana di Nerazio Scopio sia stata incisa nel marmo dopochè l'antica n'era stata cancellata e che a quest'ultima appartengano le parole *divo Valeriano* etc., tanto più che la formula, *numini eius maiestatique devotus*, con cui Nerazio chiude l'iscrizione, è quella che si usava coi principi viventi, e non mai coi principi defunti? Il caso non è nuovo, e un esempio bellissimo ce ne offre, come ha dimostrato il Borghesi [4], la lapide prenestina di Pompeiano [5], che porta incisi, da un lato, i nomi dei consoli del 227, appartenenti alla primitiva iscrizione, che era stata cancellata, appunto, per sostituirvi quella di Pompeiano. A Nerazio spetta anche una lapide urbana [6], ma essa pure non ha determinazione di tempo. Per conseguenza dobbiamo lasciare il nostro consolare fra gl'incerti.

[1] op. cit. p. 74.
[2] Cf. Böcking, II, 1171*.
[3] C. IX, 1566.
[4] *Oeuvres*, VI, 157; VII, 491.
[5] C. XIV, 2919.
[6] C. VI, 1746.

5. PONTIUS PROSERIUS PAULINUS IUNIOR.

C. X, 1702 = I. N. 2508 = Pratilli, 100 (Puteoli): *Pontio Proserio Paulino iuniori, v(iro) c(larissimo)* cons(ulari) Camp(aniae)... *ordo* . : . *et* . . . *populus puteolanus statuam conlocabit:* cf. C. X, 1703, 6088.

Di questo consolare e dell' età del suo rettorato in Campania, posteriore al 333, nulla sappiamo.

6. SEPTIMIUS RUSTICUS.

C. X, 1707 = I. N. 2621 = Henzen, 6993 (Puteoli): *Septimio Rustico v(iro) c(larissimo)* cons(ulari) Camp(aniae)... *populus patrono praestantissimo.*

Il Borghesi[1] ragiona a lungo sui vari Settimii o Rustici che s' incontrano nelle lapidi, e sostiene che il rettorato di Rustico nella Campania deve porsi nella seconda metà del quarto secolo. Fra i vicari di Roma trovammo un Settimio ricordato da una lapide gallica assai frammentata, che potrebbe anche essere il nostro consolare della Campania, qualora se ne rifiuti l' identità col *L. Valerius Septimius Bassus*, prefetto urbano, fra il 379 e il 383 che, allora, proposi[2].

7. TANONIUS MARCELLINUS.

C. IX, 1589 = I. N. 1429 = Orelli 3763 (Beneventum): *Tanonio Marcellino v(iro) c(larissimo)* cons(ulari) Camp(aniae) *patrono dignissimo... universa plebs Beneventana censuit ponendam.*

Tanonio (gli antichi editori della lapide leggevano *Antonius, Avonius, Nonius* e anche *Anonius*) Marcellino è persona ignota; il Pratilli (p. 55) ed il Böcking, (II, 1171*) chiamandolo *T. Antonius*, lo ritengono, senza alcuna ragione, identico all' *Antonius Marcellinus* preside della *Lugdunensis prima*, nel 313 o 319[3]. Poniamolo, piuttosto, fra i consolari incerti dopo il 333.

[1] *Oeuvres* VII, 411.
[2] v. pag. 74.
[3] C. Th. XI, 3, 1.

8. VALERIUS PUBLICOLA.

C. IX, 1591 = I. N. 1431 = Orelli, 3164 = Pratilli p. 88 = Böcking, II, 1175* (Beneventum): . . . *Valerio Publicolae c(larissimo) v(iro)* cons(ulari) Camp(aniae) . . . *splendidissimus ordo Beneventanus et honestissimus populus statuendam decrevit.*

È ignoto e di data incerta. Sulla famiglia dei Valerii Publicoli e sulla loro casa celimontana, vedi la dotta monografia del De Rossi più volte citata[1].

9. VIRIUS AUDENTIUS AEMILIANUS.

C. X, 3866 = I. N. 3611 (Capua): *Virius Audentius Aemilianus v(ir) c(larissimus)* Camp(aniae) con(ularis) *fieri curavit.* — Cf. Böcking, II, 1169*.

Il nome *Virius* non comparisce nelle altre due iscrizioni[2] che riguardano il nostro consolare. Il Pratilli (p. 48) lo chiama, erroneamente, *Audentius Saemilanus* e lo ascrive al tempo di Settimio Severo! Virio Audenzio è, del resto, un personaggio ignoto che governò la Campania nella seconda metà del secolo quarto.

10. VIRIUS TURBO.

C. X, 3868 = I. N. 3614 = Pratilli 40 (Capua): *Virtute, sapientia ingenio(que) pollenti, Virius Turbo v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) Camp(aniae).

« Titulus a Pratillio prolatus, nota il Mommsen, suspectus est, neque tamen ausus sum inter falsos ablegare, ab altero auctore[3] paullo diverse traditum ». Ad ogni modo è un consolare ignoto e di età incerta.

11. VIRIUS VIBIUS.

C. X, 3869 = I. N. 3615 = Pratilli, 110 (Capua): *Virius Vibius* co(n)s(ularis) Camp(aniae) *restauravit.*

Ignoto e di età incerta.

[1] *Studi e Documenti,* 1886, p. 235 e seg.
[2] C. X, 3714, 3842.
[3] Zaccaria, *Storia letteraria,* X, 624.

12. ANONIMO.

C. X, 6441 = Dessau, 1250 (Privernum):.... cons(ulari) Camp(aniae) et rel.

È l'anonimo personaggio che già trovammo fra i correttori della Tuscia ed Umbria.

FRAMMENTI.

1. C. X, 1488 = I. N. 2511 = Henzen 5159 (Neapolis): ... *ratus v(ir) c(larissimus)* Camp(aniae) [cons(ularis) *usui*] *publico reddidit.*

Che l'anonimo personaggio di questa lapide napoletana sia un consolare, come supplisce il Mommsen, la lapide non dà modo di asserire; la desinenza ....*ratus* potrebbe far supporre che il nome dovesse essere così supplito: [*Hono*]*ratus*, e ad un *Honoratus*, infatti, sono diretti alcuni rescritti di Diocleziano [1], ma nulla prova che esso sia identico al presunto *Honoratus* del frammento epigrafico napoletano.

2. C. IX, 1597 (Beneventum): *v(ir) c(larissimus)* cons(ularis) Camp(aniae) *conlocavit.*

ANONIMI ED ERRONEI.

1. SEVERUS (?).

1. Fra i Severi, amici di Simmaco, il Seeck [2] ne ricorda uno che, a parer suo, avrebbe deposto il governo della Campania nel 401, e che è menzionato in parecchie lettere di Simmaco. Ma, per vero dire, non sono riuscito a comprendere, su quali passi delle lettere da lui citate, il Seeck fondi la sua congettura. In una epistola del 401 [3], diretta *Nicomachis filiis*, Simmaco così parla di Severo: *amicus noster Severus molestia publica liberatus in patriae otium revertetur* et rel., ma queste

[1] Haenel, *Corpus legum*, p. 114.
[2] *Chron. Sym.* CXCII.
[3] VI, 38.

parole non mi paiono abbastanza chiare e precise per attribuire a Severo il rettorato della Campania, nè maggior luce gettano sulla questione gli altri passi delle lettere di Simmaco, nei quali si fa ricordo di Severo.

2. C. X, 4759 = I. N. 4038 = Pratilli, 75 (Suessa):..... *hic nunc* campanas moderator *sublebat urbes, Unde ordo et populus statuam tribuere Suessae.*

Questa mutila iscrizione di Suessa, il Pratilli vuole riferire a quel « Campano consolare, ossia moderatore della Campania, di cui parlò anche il nostro Pellegrino, riportando le parole di Simmaco (*Rel.* 40): *merito Puteolanorum ac Tarracinensium causam, quae post* Campani moderatoris *examen ad sacrum auditorium ex provocatione migravit* et rel. » e del qual Campano « scrivendo lo stesso Simmaco (*Rel.* 49) agl'imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio dice: *Campano et Hygino clarissimis viris* », ma la congettura del Pratilli a me non pare sostenibile. E difatti la parola *Campani*, nel primo passo di Simmaco, seguita dall'epiteto *moderatoris* non è, secondo me, un nome proprio, ma un aggettivo; Simmaco vuol dire soltanto, che la causa dei Puteolani e dei Tarracinesi fu deferita al *sacrum auditorium* dopo essere stata esaminata dal governatore della Campania, dal consolare campano, chè, altrimenti, se fosse vera l'ipotesi del Pratilli, Simmaco avrebbe detto: *Campani viri clarissimi moderatoris*, come, nel secondo passo, riferito dallo stesso Pratilli, ove *Campanus* è, evidentemente, un nome proprio. Comunque sia, nulla ci autorizza a riferire il frammento di Suessa ad un consolare di nome Campano.

3. C. VI, 1344: *D. M. Q. Antonii Cassi Cassiani* consularis *b(ene) m(erenti).*

Il Reinesio [1] emenda, a torto, l'iscrizione così: *Q. Antonii Cassiani Campaniae consularis*, e sostiene che Antonio sia un consolare della Campania, mentre, invece, appartiene ai primi tempi dell'impero. Il Pratilli [2] propende ad accettare la congettura del Reinesio, non senza, però, qualche esitazione.

[1] VI, 7.
[2] op. cit. p. 109.

4. In un passo, tolto dal libro *de Promissionibus,* c. 6, attribuito a Prospero Aquitanense e riprodotto dal Baronio nei suoi Annali ad a. 444, n. 8, si parla di un eretico, di nome Floro, che il fratello del vescovo di Napoli Nostriano fece imprigionare e poi mandò in esilio. Il Mazocchi [1] sostiene che quell' anonimo fratello del vescovo Nostriano sia stato governatore della Campania. Anche il Pratilli (p. 95) la chiama, pur accettandola, una mera congettura.

5. Il *M. Rubrenus Virius Priscus Pomponianus Magianus Proculus,* a cui si riferisce una lapide di Atina [2] fu, secondo il Pratilli [3], consolare della Campania, ma il Mommsen ha dimostrato che le parole della lapide sulle quali poggierebbe cotesta congettura, non sono che una interpolazione del Pratilli medesimo.

C. Proconsules.

I. ANICIUS AUCHENIUS BASSUS.

(fra il 379 e il 382)

C. VI, 1679 (Roma): *Auchenii, Anicio Auchenio Basso v(iro) c(larissimo)*.... proconsuli Campaniae....

Cf. IX, 1568-69; X, 3843, 5651, 6656; XIV, 1875; 2917; C. I. Gr. 2597; Pratilli, 84 = Böcking, II, 1174*.

Copioso è il materiale epigrafico riguardante Auchenio Basso, il *restitutor generis Aniciorum,* come lo chiama la base prenestina a lui spettante, parole coteste che il Seeck [4] interpreta nel senso che egli era figlio di un' Anicia, il cui unico fratello non ebbe figliuoli maschi. Auchenio Basso fu proconsole della Campania fra il 379 e il 382, la quale data è stabilita dalla iscrizione di Anzio [5] che ricorda gli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio, di cui il primo morì il 25 agosto 383, e l' ultimo divenne Augusto il 18 gennaio 379. Auchenio Basso ebbe la prefettura urbana nel 382 [6], ma non già il consolato,

[1] *De SS. Neap. Eccl. Episc. cultu,* p. 103.
[2] C. X, 5058.
[3] op. cit. p. 112.
[4] *Chr. Sym.*, p. XCIII.
[5] C. X, 6656.
[6] Tomassetti, III, 507-509.

nel 408, come, comunemente, si crede; egli è piuttosto il padre del console omonimo del 408, come congetturò il Muratori [1], e confermò il Seeck [2], osservando che la base urbana incisa dopo la morte di lui, più sopra citata, non fa menzione del consolato. La lapide ostiense [3], che ci conservò il nome di *Tyrrenia Honorata*, la moglie di Auchenio, dimostra che egli era cristiano e a lui, per conseguenza, si riferiscono le parole del poeta Prudenzio [4]: *non Paulinorum, non Bassorum dubitavit prompta fides dare se Christo*. Che le parole della base prenestina [5], *provisor provinciae Campaniae,* accennino, come vuole il Giorgi [6], ai provvedimenti presi da Anicio, durante la carestia che afflisse Roma ed altre regioni d' Italia sul finire del quarto secolo, è cosa dubbia [7].

2. CAECINA DECIUS ALBINUS.

(a. 397-398)

Symm., *Ep.* VI, 23: *Debui litteris abstinere spectabili viro filio meo Decio commeante* et rel. Cf. Pratilli, 93.

Caecina Decio Albino apparteneva alla insigne famiglia dei Ceionii. Dal titolo *spectabilis* (proprio dei proconsoli) attribuito a Decio da Simmaco in questa lettera, arguisce il Seeck [8] che quando egli partiva per la Campania, nell' estate del 397, per succedere a Gracco nel governo di quella provincia, era proconsole. Vi rimase fino al 398 [9] e pochi anni dopo (nel 401-402) ebbe la prefettura di Roma [10]. La base urbana [11] che lo riguarda, non menziona il suo proconsolato della Campania, di cui fanno, però, testimonianza sufficientemente chiara, le lettere di Simmaco [12].

[1] *Thes.* p. 464, 7.
[2] l. c. p. XCIV.
[3] C. XIV, 1875.
[4] *Contra Symm.* I, 558.
[5] C. XIV, 2917.
[6] *Bull. d. I.* 1859, p. 44.
[7] Cf. Garrucci, op. cit. p. 99; Borghesi, VIII, 200; Seeck, s. v. in Pauly-Wissowa *R. E.* I, 2200, n. 30.
[8] *Chr. Sym.* p. CLXXXII.
[9] Symm. *Ep.* VII, 40: *iamdudum curis publicis absolutus.*
[10] Tomassetti, III, 519.
[11] C. VI, 1192.
[12] Seeck, s. v. in Pauly-Wissowa *R. E.* III, 1865, n. 36.

ERRONEO.

Il *M. Nonius Balbus* che il Böcking [1], riteneva essere stato proconsole della Campania, fu, invece, proconsole della provincia Creta e Cyrenae [2].

ISCRIZIONI FALSE.

C. X, 478* (= Pratilli, 92): *Fl. Anicius Bassus cons. Camp.;* X, 452* (= Pratilli 45): *L. Annius Pompeianus procos. Campan.;* X, 462* (= Pr. 34): *M. Aquilius Iulian*[*us*] *procons. Campaniae;* XI, 325* (= Pr. 93 = Böcking, II, 1172*): *M. Aurelius Proculus consularis Campaniae;* VI, 295* (Böck. ib., 1174*): *C. Arius Balbinus procos. Campaniae;* X, 175* (= Bö. 1173*): *M. Aurelius Viridianus corrector Campan.;* X, 234* (= Pr. 39): *L. Baebius Cominius praef. Campaniae et Apuliae;* VI, 1477* (= Bö. 1172*): *L. Caelius Rufus consularis Campaniae et Apuliae;* VI, 1503* (= Pr. 105): *M. Calidius Latinus procos. Campaniae et Apuliae;* IX, 246 (= Pr. 46 = Bö. 1172*): *Fl. Claudius Sulpicianus consularis Campaniae;* X, 161* (= Pr. 87): *Darius Aelianus cons. Campaniae;* X, 477* (= Pr. 117): [*D*]*ecius Alb*[*inus*] *cons. Camp.;* VI, 431* (= Bö. 1172*): *M. Donius Crispinus cos. Campaniae;* X, 1021* (= Pr. 77 = Bö. 1170*): *Iulius Felix Campaniae consularis;* X, 623* (= Pr. 35): *C. Iulius Rufus procos. Campan.;* X, 236* (= Pr. 101): *Iulius Probianus cons. Campaniae;* X, 534*: *C. Iunius Donatus Iulianus cons. Campaniae;* X, 621* (= Pr. 58): *Iunius Maximus..,* [*Ca*]*mpaniae;* X, 450* (= Pr. 37): *L. Naeratius Priscus procos. Campaniae;* X, 328* (= Pr. 96 = Bö. 1173*): *Fl. Nonius Erastus praeses Camp.;* X, 551* (= Pr. 111); *M. Plautianus proc. prov. Camp.;* X, 304*: *Ruffius Volusianus corrector Camp.* VI, 2720* (= Bö. 1172*): *M. Sensius Genialis consul Camp.* X, 1044* (= Bö. 1174*): *M. Silius Paitus procos. prov. Camp.*

(continua) L. CANTARELLI.

[1] op. cit. II, 1174*.
[2] C. X, 1425-34.

ADABRANDO PRIMICERIO DI MILITI

IN UNA EPIGRAFE MEDIEVALE

I.

Rinvenimento dell' epigrafe.

In alcuni restauri fatti al pavimento della sacristia della chiesa di S. Prassede di Roma nell'anno 1898 furono rovesciati parecchi di quei marmi, e nella lor parte sottoposta venne veduto come diversi ebbero altro uso antico, rappresentando sculture varie e di varie epoche e specialmente medievali. Erano la maggior parte avanzi più o meno rozzamente scolpiti di transenne, con fiori ed intrecci a cordami e nodi e liste ornamentali, e con rosoni e fregi più o meno geometricamente composti [1]. Simili trovansi in più luoghi, ed ultimamente eziandio rovesciando alcuni marmi nella basilica Vaticana se ne trovò qualche frammento che molto si avvicina a quei di S. Prassede; e molti eziandio vennero a luce in quell'anno medesimo dal pavimento di S. Sabina, e si vedono ora conservati in quelle pareti interne [2].

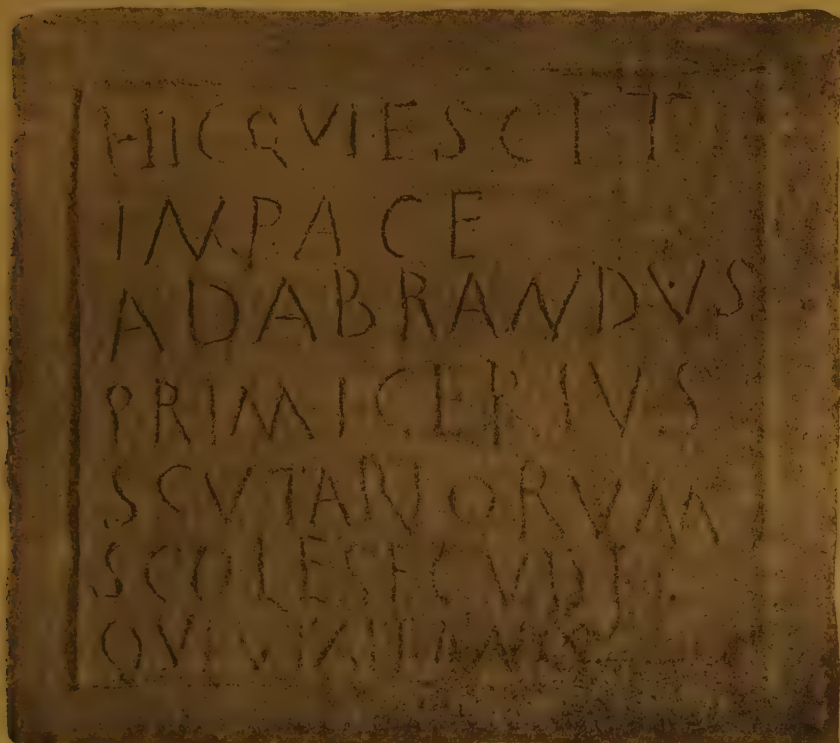
Ma il più interessante dei marmi rinvenuti a S. Prassede è quello che formava il gradino alla predella dell'altare nella predetta sacristia. Quella lastra di marmo fu già la parete anteriore di un sarcofago antico, di cui la fronte è scolpita senza troppa delicatezza, e divisa in due parti di inquadrature separate fra loro da un ripiano.

Dentro una delle inquadrature, che gira in tutti i lati, si vede nel mezzo un ripiano, il quale era probabilmente riservato per accogliere una epigrafe, ma che non vi fu mai scolpita. Ai due lati di quel ripiano sonovi due profondi rincassi, di cui quello a destra conserva la consueta baccellatura serpeggiante; quello poi di sinistra forse in origine ebbe eguale baccellatura, ma questa fu rispianata per potere accogliere un'epigrafe. Donde si può credere che il sarcofago fosse fatto in età molto più antica, e tenuto

[1] Il rinvenimento avvenne il 3 decembre 1898: se ne occupò col Rev. p. Ab. Paganelli anche il ch. Comm. Gamurrini.

[2] Di questi marmi la collocazione ben intesa fu fatta nella medesima chiesa.

in serbo per poterlo usare all'occorrenza, mettendo nel ripiano medio un' epigrafe.

Non si saprebbe dire per qual ragione, se non per avere maggiore spazio per altro di contro, l'epigrafe sia posta ad un lato, nel quale si legge come nel fac-simile che presentiamo [1]; riserbandoci a parlare dell' ultima cifra numerale:

Per non so quali ordini fu quel marmo tantosto rimesso ad uso di gradino del medesimo altare; e così l'epigrafe sparve dagli occhi di tutti; ma però essendosi fatta lagnanza di un tal trattamento, si ebbe mutato il consiglio, e sostituito il gradino con altro nuovo, e quello antico coll'iscrizione fu rimosso e convenientemente affisso al muro nella medesima sacristia, ove l'epigrafe rimane a tutti visibile. E tuttociò per opera specialmente dell'archeologo Gamurrini e del Paganelli superiore della chiesa.

[1] Le dimensioni della sola epigrafe sono di metri 0,42 × 0,45. Quelle poi dell'intero marmo sono di metri 0,90 × 0,48.

II.

Paleografia ed ortografia.

Chiunque la osservi, vede come la paleografia e l'ortografia lasciano non poco a desiderare per correttezza di linee e di scrittura; ciò però ci dà il suo proprio carattere, e quindi giovano i confronti con altre non dissimili. Sebbene non ci possano esattamente rivelare un' epoca certa, pure non lasciano dubbio che si tratti di una iscrizione dei bassi tempi [1].

Le forme della lettera M molto divaricata, del Q con la coda quasi perpendicolare, della L ad angolo ottuso ed altre piccole forme non autorizzano a discostarci da quei secoli, in cui prevalendo pure un po' d' imitazione dell' antico, non si nascondevano i tratti di una trascuratezza, che tradiva l' imitazione medesima nei caratteri epigrafici.

Ortograficamente poi, senza neppur segnalare la mancanza de' due dittonghi nella sesta linea, è pur da notare la parola SCOLE senza la sua H di aspirazione. Ciò si trova non di rado nei monumenti della bassa età. Che anzi più di una volta si trova scritto con addizione precedente ESCOLE. È da notare pure come in SECV́DE un accento formi l'abbreviazione della N omessa; il che non va trascurato per gli studi paleografici.

Dovrà forse attribuirsi ad errore dell' imperito quadratario eziandio la scrittura della seconda parola? Generalmente la forma è QVIESCIT, ma qui si legge QVIESCET [2]. Non tutti si persuaderanno che il medesimo scrittore abbia proprio voluto dare il significato del futuro. Eppure la formola liturgica REQVIESCAT IN PACE [3] non solo qui si vede trasparire nel futuro, come vien scritto, ma questa nel suo senso di ottativo verrebbe

[1] Appena veduta l'epigrafe ci andò la reminiscenza a quella che abbiamo sotto papa Zaccaria, anni 741-752 e che esiste ed è riferita in fac-simile anche dal Bartolini, il quale ci diè un volume su quel pontefice (Ratisbona 1879). Altre molte si potrebbero riferire per confronto, ma non sembrano necessarie per una seria argomentazione.

[2] Tra le altre vediamo che una epigrafe di S. M. in Trastevere per un *Quodvultdeus bone recordationis* incomincia HIC REQVIESCET e porta il consolato IV di Arcadio e III di Onorio (anno 396), presso De Rossi nelle *Inscr. Chr.* tom. I p. 189 n. 436.

[3] Su questa usitatissima formola cristiana trattammo (1901) nell' illustrare l'acclamazione PAX TIBI CVM SANCTIS propria e frequentissima nelle catacombe volsiniesi.

a dirci piuttosto del desiderio, che il defunto abbia in appresso a godere il riposo nella eterna pace.

Veramente lo spazio stesso avrebbe potuto invitare lo scultore a compiere la linea seconda con il nome di Cristo o Dio od altra parola anche in nesso, dicendoci che *riposerà nella pace di Cristo*. Ma però nol fece, e nulla noi possiamo aggiungere sulla ragione, per cui questo segno cristiano fosse omesso nell'epigrafe pure cristiana.

III.

Del nome ADABRANDVS.

Il nome del sepolto in questo sarcofago è chiaramente un ADABRANDVS, non al certo consueto, e che qualche riscontro pur trova ne' conosciuti nomi di ADOBRANDVS, ALDOBRANDVS, ILDEBRANDVS e consimili [1].

Che questo nome non sia registrato in documenti avanti il secolo VI, ci fa fede il famoso *Onomasticon* [2] del De-Vit; il quale sebbene non l'abbia compiuto, pure lo avrebbe notato nel primo volume, da anni pubblicato, sotto l'iniziale A.

La sua forma indica una nomenclatura non consueta tra i romani ed i popoli italici; e piuttosto ci dà l'idea di un nome barbarico, vuoi gotico, vuoi longobardico, vuoi misto. Egli è vero che ancora gli studi sulle cose, come sulle persone ed usi ed arti di que' popoli, non sono molto avanzati, quantunque le scoperte che si van moltiplicando già vengono a dare buona messe per cominciare a sintetizzare qualche idea su tali nuove quistioni per gli studiosi di siffatte antichità. Ed ancora questi studii non sono troppo fecondi di bei monumenti; i quali pure non troppo sono precisi per epoca, e luoghi, e specialità.

[1] Il MURATORI in più luoghi delle sue innumerevoli opere ci parla di ricordi semibarbarici in Italia, e ci fornisce molte novità di monumenti e ricordi. Citarne alcuni qui non gioverebbe. Gli studiosi di quelle epoche caliginose ben sanno come giovarsi di questi e di altri molti esempi analoghi riferiti da diversi scrittori.

[2] *Onomasticon totius latinitatis* tom. I, nel qual lavoro ha collocati tutti i nomi proprii di persone e luoghi con nuovo esame critico. Il lavoro resta a compiersi cogli studii preparati dal ch. lessicografo.

Il nome stesso però, serve pure a far vedere che nel periodo, a cui può assegnarsi l'officio sostenuto dal defunto Adabrando, non si accosti al principio, ma piuttosto allo scorcio di un tal periodo, come forse meglio apparirà da quanto diremo poi.

Oltre la dichiarazione del suo titolo, l'epigrafe non ci dice altro che della sua età, ove si hanno delle varietà nel leggere il numero degli anni da lui vissuti; giacchè taluno lesse VIXIT AN C^{xv}, altri soltanto C^{x}, ed altri veggendo la prima cifra numerale alquanto lunata, legge L^{x} ovvero L^{xv}. Nelle prime due letture avrebbe Adabrando una singolarità di essere stato oltre *centenario*, al qual merito poteva cedere ogni altro merito marziale in quella milizia poco attiva.

IV.

Del titolo *Primicerius*.

Questo ufficio, così ben precisato nella nostra epigrafe, è forse la parte più interessante della medesima nelle tre parole che seguono al nome di quel *Primicerio* degli *scutarii* della *seconda scola*, come partitamente andremo qui dichiarando.

E di vero ben molti sono i monumenti che ci ricordano l'ufficio del PRIMICERIVS, del quale [1] convien qui accennare qualche cosa cominciando dall'etimologia stessa.

Ognun vede come sia composta dal nome di PRIMVS e dalla parola CERA; e malamente si crederebbe che si dovesse derivare da CEREVS [2], quasi colui che abbia o reca il *primo cereo* in qual-

[1] Fa al nostro argomento il testo degli imperatori Teodosio e Valentiniano, ove si parla del *Primicerius Domesticorum et protectorum utriusque scholae.* — Da Primicerio deriva anche la parola del suo officio o dignità, che si dice *Primiceriatus* nel codice Teodosiano. — Il *Galletti* scrisse un'erudita trattazione speciale sul *Primicerio*, che giova consultare. Veggasi il bel lavoro del prof. CALISSE, *Il Governo de' Bisantini in Italia*, premiato della R. Università di Roma. Torino 1885, p. 41.

Negli usi civili abbiamo i *primicerii* di diverse corporazioni, come quelli *iudicum* o *notariorum*. Nelle *Inscriptiones chr.* del De Rossi, I p. 327, si ricorda un *Candidatus primicerii* dell'anno 450 per un'epigrafe in S. Martino presso S. Prassede, ed a p. 332 per l'anno 452 un Cornelio Primicerio *cenariorum*, ed un Porforio Primicerio *monetariorum*. Si leggano le varie sue dotte annotazioni. — Il Marini nelle grandi illustrazioni de' Papiri Ravennati ci ricorda diversi primiceri e diverse classi come quella di *Veronenses*, di *Laeti*.

[2] La denominazione di *cereus* per *torcia* o *candela*, o meglio di fiaccola fatta con cera, è bene antico; e Tullio (*officior*. III, 20) dice che queste si ponevano avanti le statue *Ad statuas cerei*.

che cerimonia; giacchè il significato di persone disposte in ordine di portar dei cerei sarebbe di origine molto più recente; nè pare soddisfacente ad ogni giusta intelligenza che a costoro perciò propriamente si potesse dare un nome ordinale di *primicerius, secundicerius*. Ancora si può osservare che nell'ordine di portar dei cerei in mano nel procedere di persone disposte in ordine, il più onorato luogo è quello delle ultime.

Realmente questo nome deriva da *cera* nel significato di *tabella cerata* o registro; cioè indicava il primo nome che in quella veniva annotato, e che prendeva il primo posto sugli altri, esprimendo la superiorità su tutti quelli che ivi erano menzionati in una sequela di nomi. Laonde significava il superiore di tutti costoro. E qui trattandosi di persone militari, egli ne era il duce e capitano di quella classe.

E di vero pel significato di *cera* come tavoletta da registro abbiamo da Orazio [1] una chiara indicazione. Egli dice che il nome dell'erede è scritto nella seconda linea delle tavolette del testamento - *secundo cera versu,* mentre il primo verso è riservato per il nome del testatore.

Vediamo in una pittura trovata ad Ostia (Bibl. Vatic.) de' fanciulli che fanno una festa a Diana, ed avanti alla sua statua hanno accese le tede o faci. Queste faci ebber nome di *funalia* come fossero funi spalmate di materia o cerea o bituminosa.

Eravi in Roma la chiesa di *S. Salvatore in Primicerio* filiale della basilica di S. Lorenzo in Damaso. Nell'archivio della Basilica il Ciampini (anno 1597 De vicecancellario pag. 196) dice aver trovato che si dicea S. Salvatore *de lo cereo.* Fu incorporata nella fabbrica di chiesa e convento di S. Agostino (ved. Moroni, *Dizion. d'erud. eccles.,* e l'Armellini nelle *Chiese di Roma* p. 349).

[1] Nella V delle sue satire, lib. II, Orazio parlando del modo di disporre le righe nei testamenti scritti sopra le strette tabelle cerate dice:

. . . . . *Quid prima secundo* . . . . .
cera velit versu . . . . .

Ove la *cera* è proprio la tavoletta, ed il *versu* è la riga; e siccome nel primo *versu* si metteva il nome del testatore, così in principio del *secundo* eravi il nome dell'*erede* primo. L'esenziale era di far apparire chi fosse segnato nel principio del secondo *versu* della tavoletta cerata, *cera,* su cui il testamento era scritto.

Talora più di uno era l'erede, ed allora gli altri prendevano il posto consecutivo nella tabella cerata, in modo che gli ultimi legatarii si scrivevano del basso nella tabella *ima cera.* Disse eziandio Svetonio, *in C. Iulio,* 83: *sed novissimo testamento tres instituit heredes sororum nepotes: C. Octavium ex dodrante et L. Pinarium et Q. Pedium ex quadrante: reliquos in ima cera.*

E così senza allegare altre testimonianze latine anche più antiche, come di Plauto, si vede apertamente che il nome *Primicerius* viene da *prima cera.*

E così Cicerone nella Verrina III (§ 36) per indicare un erede chiamato per ultimo dice: *deinde in extrema cera nomen infimum fecit.* Così pure Svetonio parlando del testamento di Cesare (§ 33) dice: *in ima cera C. Octavium etiam adoptavit.* Laonde è ben chiaro come quelle parole di *cera ima* ed *ultima*, indicano che il nome sia scritto a pie' di pagina o nell' ultimo delle tabelle. Tutto questo vale in contraposto di *cera prima* o *cera secunda*.

Dopo tali indicazioni, che ben potrebbero prolungarsi, resta assicurato che la nomenclatura di *primicerio* non è di origine *ecclesiastica*, ma sibbene *civile* e *militare* con derivazione antica e classica, e sol talvolta trasferita ad uso di chiesa [1].

Come in tutti gli elenchi di offici si vedono le liste dei nomi, e questi posti in lista secondo il grado, e quindi il maggiore si trova in capo all'elenco, così eziandio negli usi moderni chi abbia una certa priorità viene detto *capolista*. E perciò il Suida volgendo in greco il nome latino *primicerius* giustamente lo disse Πρῶτος τῆς τάξεως ossia *primo dell'ordine*.

Quindi si vedono documenti che ci dicono come al tribuno [2] di quelle milizie non solo seguiva un *primicerio*, ma eziandio un *secundicerio* e sempre nel senso di primo o secondo grado. Dopo ciò deve riconoscersi nell'epigrafe di S. Prassede quell'Adabrando essere il *primo* tra gli *scutarii* della *seconda scola*.

Di questi *scutarii* e della suddetta *scola* veniamo ora a dir qualche breve parola.

V.

Degli *Scutarii*.

Al titolo di *primicerio* succede nell'epigrafe la designazione del corpo militare degli *scutarii* [3], dei quali Adabrando era ufficiale superiore. Sotto questo nome vien indicata quella speciale

[1] Per l' uso ecclesiastico si va al testo del salmo: *In capite libri scriptum est de me.*

[2] Ammiano Marcellino ne parla al libro XIV delle sue istorie, e devonsi consultare le erudite annotazioni del Valesio a questo tratto. Anche S. Girolamo scrivendo a Pammachio ricorda come dopo il tribuno seguisse il *primicerius*.

[3] Veggansi le più recenti edizioni del grande *Lexicon mediae et infimae latinitatis* del DUCANGE arricchito di molte ed erudite aggiunte, come nell' edizione del Carpentier etc. ed Henschel 1849, Parigi.

Il *De Gregorii* recentemente (1901) scrisse su l'*esercito bizantino*, in un bel sunto,

milizia che si dice instituita dall'imperatore Costantino il grande a guardia speciale del corpo del principe. Egli avea soppressi i turbolenti Pretoriani [1], e con altra organizzazione e disciplina e con i loro propri ufficiali [2] e capitani vi avea surrogati gli *scutarii*. Il loro nome è da sè stesso indicato come di coloro che portano lo scudo, e si dice ne usassero uno ben grande; e però sono gli *scudieri* o guardie del capo o *scutiferi*, *armigeri* [3]; e così non di rado si legge.

Il Suida nel suo Lexicon ci attesta che gli imperatori di Oriente ne avevano due schiere, le quali si reclutavano specialmente tra le migliori famiglie di Armenia, come che fossero più sicuri per la loro fedeltà al sovrano [4], non altrimenti che dalla Svizzera in tempi recenti li traevano molti sovrani di Europa. Ma ciò si faceva con una scelta riservata non solo tra gli Armeni, ma anche tra di altre nazioni; giacchè un' epigrafe presso il Muratori (798. 5) ci parla di un *Astiano* di nazione Vindelico qual *decurione* degli *scutarii;* ed in altra (861. 8) di un *Valerius Lilla natione Maurus;* e secondo Ammiano pare che si reclutassero anche tra le milizie dell'*Hispania*.

Dagli storici Agathia (l. V, p. 111) e Zosimo (l. III, 29) si vede come quelle guardie stessero a fianco dell'imperatore; ed anzi il secondo pur narra come l'imperatore Giuliano l'Apostata si facesse circondare da due schiere di Scutari. Questa istituzione imperiale durò più secoli, ed il loro nome vien ricordato perfino sullo scorcio del secolo XI [5].

È da notare che negli antichi scritti dei greci, come osservò

erudite notizie. Ivi tratta sulla *Milizia Palatina* e vi adopera di preferenza il nome *scolari* per quello di *Scutari* nell'egregio periodico *Bessarione*.

[1] Benchè soppressi i Pretoriani, pur talora sembra rivivere nelle storie quel vieto nome; ma resta di niuna importanza, come certi antichi cavalierati.

[2] Vediamo che vi erano in questa milizia non solo i *primicerii* e *secundicerii*, ma eziandio i tribuni e decurioni. Si legge riferito da Romualdo Salernit. come sotto Giuliano « *tribunus scutariorum iussus ab imperatore sacrilego aut immolare idolis, aut militia excedere.....* ».

[3] In antiche carte presso Castello, *Rerum Occitan.* lib. V, si legge: « *Armigeri qui vulgo scutarii* ».

[4] Devesi notare che ai medesimi ben si applichi il nome di *protectores* ed anche *domestici*, come si legge nel codice Teodosiano per il loro officio di guardie del corpo. Presso Ammiano Marcellino leggiamo *Scholae palatinae et protectorum.*

[5] *Sim. Dulmensis* narra pel 1067 .... « *multos e suis militibus et scutariis perdiderunt* » ... e pel 1094 ... « *septingenti milites cum bis totidem scutariis* » etc.

il Suida, il loro nome viene scritto e trasformato in quello di σχολαριοι con lieve variante, leggendosi quasi promiscuamente *scolarii* o *scutarii*. Il che giova tener presente nella lettura delle narrazioni dei bassi tempi; sebbene piuttosto che una variante a me sembri una derivazione da *scholae*, come or vedremo, giacchè una tale milizia suddividevasi in varii ordini di tal nome di *scholae*.

Quella guardia istituita dall'imperatore Costantino il grande, fu di poi, specialmente sotto l'imp. Leone I, sostituita a sua volta da altre guardie, come gli *excubitores*, i *vigiles* e simili, restando dell'altra un semplice titolo di onore in certi gradi. Anche il barbarico Teodorico divenuto quasi imperatore conservò all'occidente quella milizia palatina; ma non era divenuta altro che di persone così intitolate, e con meschini stipendi, come dichiara Procopio ne' suoi Ανέκδοτα al § 26.

Di questi corpi di milizie ha trattato anche il Mommsen nell'*Hermes* e più distesamente il Boecking nell'edizione della *Notitia dignitatum*, ove sono noverati i corpi civili e militari dell'amministrazione imperiale *post-constantiniana*.

VI.

Delle *Scholae Scutariorum*.

L'epigrafe ci dice che Adabrando fu primicerio degli scutari e precisamente *secundae scholae*.

Molti significati ebbe quel nome di *schola*, ma restringendoci secondo l'argomento a quello militare, lasciamo di dire degli altri che si riferiscono a nazionalità diverse, a professioni, ad arti e mestieri, ad aggregazioni per scopi speciali, come di studio od applicazioni particolari [1].

[1] Anche nelle milizie eranvi diverse *scholae*, come quelle degli ispettori delle legioni: *Schola speculatorum legionum* (Gruter. Inscr. 169. 7), quella dei trombettieri *schola cornicinum* (C. I. L. VIII, 2557). A queste forse appartenne anche la milizia *Capracorum* sotto Leone IV, di cui si conserva l'epigrafe sull'arco dei corridoi di Borgo presso il Vaticano. Eziandio le diverse colonie distinte per nazioni si dissero loro *scholae*, come quella *graeca* di cui si conserva il nome a S. M. in Cosmedin a Roma, quella *Anglorum* (Jaffè – Reg. RR. PP. n. 4077) ed altre. Il citato CALISSE pag. 61 dice pur bene che il nome di *schola*

La derivazione etimologica da σχολή indica una speciale *applicazione;* e riguardo al nostro argomento abbiam veduto come gli *Scutari* si appellassero anche *Scholarii,* non già per una variante di scrittura, come fu notato, ma piuttosto perchè appartenenti a determinate *scholae* militari.

Nella *Notitia dignitatum* e nella sopra menzionata edizione del Boecking si veggono ricordate le *scholae,* che erano *sub dispositione viri illustris magistri officiorum,* e prime fra queste le *schola scutariorum prima* - *schola scutariorum secunda* - *schola scutariorum tertia* etc.

Giova qui riferire un tratto di Procopio Cesariense nella sua storia della *Guerra Gotica* (l. IV, 27). Egli narrando come l'imperatore Giustiniano volesse decorare il capitano Ildigisale, che dal nome appare barbarico, « lo costituì capo di una schiera della « milizia composta da coloro che tengono custodia dell'imperiale « corte o palazzo » ἄρχοντά τε κατεστήσατο ἑνὸς τῶν ἐπὶ τοῦ παλατίου φυλακῆς τεταγμένων λόχων. E ciò che più monta al nostro proposito, soggiunge che queste schiere erano chiamate SCHOLAE, spiegando λόχων così: οὕς περ σχολὰς ὀνομάζουσι.

Questa carica era minore di quella del *magister* di tutte le SCHOLAE ed anche del *tribuno,* a cui era soggetta tutta una SCHOLA, mentre il primo ufficiale dopo di questi ne era il *primicerio.*

significava classe, corporazione, collegio. E ricorda un *Eugenius filius Leontii ab schola graeca* nel papiro ravennate dell'anno 572, non che dice di una statua (Gruter.) *translata de schola medicorum* in Roma. BENNO *(vit. Hiltelbrandi)* ricorda pure un *Ioannes primicerius scholae cantorum,* che MEURS dice essere il πρωτοψάλτης.

Così il nome di *schola* fu dato nel medio evo alle società ed associazioni di quelli che avevano uno scopo comune. Troviamo menzionate da Gregorio il Grande quelle dei *panettieri* di Otranto (Epp. l. IX, 102) e de' *saponari* in Napoli (Epp. X, 26), ove pur dice dei loro statuti. Da questi e simili ebbero origine quelle che poi si disser *università* di studi, di arti, mestieri, professioni. Eravi la *schola notariorum,* come quella *cantorum,* e Ravenna ci ricorda la *schola forensis.* Ed inoltre cotali aggregazioni ivi ebber nome di *bandus;* donde venne quello usitato nel medio evo di *bande* e *bandi,* e la loro insegna fu detta *bandiera.* Agnello ravennate sembra alludervi dicendo: *Unusquisque miles secundum suam militiam et numerum incedat.* Si citano nei documenti il *bandus primus, secundus, tertius,* ed anche quelli che avevano nome *invictus, Constantinopolitanus, Firmanus, Laetus, Mediolanensis, Veronensis, Classensis* e simili. Quando l'esarca Giovanni venne a Roma *nec signa nec banda cum militia occurrerunt,* dice Anastasio *in Sergio.* Lo stesso Anastasio il Bibliotecario, *in Leon. IV,* narra per l'anno 798 andare incontro a quel pontefice al Ponte Milvio le *scholae* de' forestieri, e queste altro non erano che le corporazioni dei pellegrini venuti a Roma, i quali si distinguevano col nome nazionale *Saxonum, Langobardorum, Sardorum, Frisonum, Corsarum* ed aveano quartieri presso la basilica vaticana.

Il ridetto Procopio che avea scritto quelle memorie militari da non pubblicarsi sotto Giustiniano per non offenderlo ne' guasti fatti all'esercito, ci fa manifesto il succedersi delle non belle vicende toccate sotto varii principi anche alle SCHOLAE. Mentre prima era una accolta di nobili, dipoi sotto Zenone fu dato l'adito in quelle anche a persone men degne, e sotto Giustino eran divenute come di un titolo venale ai maggiori offerenti, da cui l'imperatore traeva de' lucri; il che proseguì a farsi eziandio in appresso, anche peggiorando.

VII.

Le *Scholae* militari come luoghi.

Vedemmo con quel nome indicarsi un ordine o corpo di milizia organizzato con ufficiali e soldati, ma non bisogna trascurare di accennar come pure un tal nome si desse agli edifizi, o luoghi propri di ciascuna di quelle *scholae*, non altrimenti che da noi soglionsi talora appellare anche le caserme o case d'arme delle varie soldatesche, ed i locali di altre corporazioni. Di ciò fanno fede molte iscrizioni, come quella di *C. Avilio Licinio Troisio* curatore, il quale *scholam de suo fecit* (Grut. 170. 3). Presso cui pure si commemorano altri che *scholam ab inchoato refecerunt, marmoribus ornarunt. Victoriam Augustam et sedes aeneas et cetera ornamenta de sua pecunia fecerunt.*

Evvi inoltre un' iscrizione di Palestrina (*C. I. L.* XIV, 2924) per questa specie di *scholae* locali; ed anche è da vedere una del Louvre, trovata a Lambesa in Africa (*C. I. L.* VIII, 2554), ove leggiamo come taluni de' militari, cioè gli *optiones, scholam suam cum statuis et imaginibus domus* (di)*vinae item diis conservatoribus eorum ex largissimis stipend*(iis) *et liberalitatib*(us) *quae in eos conferunt fecerunt* [1]. Egualmente nel campo militare di Lambesa si dice per i *tesserarii* della legione III Augusta « *scholam ex largissimis stipendiis fecerunt* » (*C. I. L.* VIII, 18070), e per i *duplarii* che « *scholam cum imaginibus sacris fecerunt* » [2].

[1] Vedi *Mélanges d'arch. et d'hist. de l'Ecole française de Rome* 1899, pag. 207, ove si parla delle *scholae des sous officiers* nel campo militare di Lambesa.

[2] Cagnat, *Mém. de la Soc. des antiq.* LIV pag. 58; cf. *Mélanges* cit. p. 205.

Dopo ciò è facile pure intendere come queste località delle *scholae* militari, quantunque si trattasse di soldati palatini, ben potean avere tal nome come palestre e luoghi di *esercizi* e di applicazioni per apprendere le norme sia fisiche che morali della propria professione.

E però questo nome corrisponderebbe pur bene ad altri usati e non dissimili di *classe* o *ginnasio*. E di vero relativamente al tema nostro quest' ultimo di *gymnasium* altro non dice che luogo di esercitazione.

VIII.

Osservazioni sul *secundae* aggiunto a *Scholae*.

Alla precisione dell'epigrafista non bastò il dire che il nostro Adabrando fosse *primicerio* di una *schola scutariorum*, ma volle lasciare nella memoria sepolcrale, che lo fosse propriamente della *seconda*.

Le anzidette *scholae* militari prendevano tra loro per gli *scutarii* il numero di ordine, non altrimenti che ora son noverati i diversi corpi di esercito, ed altri; come pure indica la *Notitia dignitatum* testè riferita.

Abbiamo indicazioni come di tal milizia in Oriente gli imperatori ne avessero due [1] e nell' Occidente undici. La nostra epigrafe ci menziona la seconda, come pure un' altra epigrafe [2] ci dice, cristianamente PAX EVCHARIDI F. SCVTARII SCHOLAE SECVNDAE.

Abbiamo pure un ricordo nell'epitafio [3] per un semplice milite della *schola prima:* HIC IACET IVSTINVS SCVTARIVS EX SCHOLA PRIMA.

Evvi eziandio un' altra [4] epigrafe per la terza: FLAVIVS HIGGO SCVTARIVS SCHOLA TERTIA.

Solenne è la testimonianza del codice Giustinianeo (IV, 65, 35) che ci dice delle undici SCHOLAE... *milites appellamus tam eos, qui*

[1] Vediamo nel codice Teodosiano notato il primicerio *utriusque scholae.* Il Suida nel Lessico ci parla delle due *scholae* orientali, principalmente formate di scelti Armeni, secondo che fu notato, e come pure attesta Procopio ne' suoi Ανέκδοτα.

[2] Muratori, *Thes. inscr.* pag. 1922, 4.

[3] Muratori, l. c. pag. 1893, 3.

[4] Gruter. 1082, 11; Muratori, 1873, 3.

sub excelsis magistris militum tolerare noscuntur militiam, quam qui in undecim devotissimis scholis taxati sunt. Donde meglio apparisce come cotesti non fosser soldati da guerra, ma piuttosto guardie; e decorati dal titolo ornamentario militare in città o nella corte, non altrimenti che molti dei moderni cavalieri, oppure *scudieri.*

IX.

Conclusione.

Da quanto abbiamo detto ci pare ben manifesto quale fosse il grado occupato dal nostro Adabrando nella milizia aulica degli *Scutarii,* ossia delle guardie imperiali del corpo.

Il suo alto grado era di *primicerio,* ossia capo della sezione seconda, o *Schola secunda,* in Roma. In questa era dei capi ed avea sotto i suoi ordini eziandio altri ufficiali inferiori, come gli *optiones,* e i *decuriones.*

L' aver avuto la distinzione di un epitafio e l'essere stato sepolto in un sarcofago marmoreo, dimostra come egli fosse uomo di conto, e la sua famiglia spettabile l'avesse onorato con quel nobile sepolcro.

Per la storia di quegli oscuri tempi, ove son ben scarse le notizie, è questo un nome da aggiungersi ai dignitari imperiali, il quale in questa epigrafe valse ora di occasione a dir qualche parola sul grado dal medesimo sostenuto nella sua milizia.

G. Cozza-Luzi.

DIARIO CONCISTORIALE

DI GIULIO ANTONIO SANTORI CARDINALE DI S. SEVERINA.

Il nome di Giulio Antonio Santori, più comunemente conosciuto sotto quello di cardinale di S. Severina, non giunge nuovo a chi abbia qualche minuta conoscenza della storia ecclesiastica nella seconda metà del secolo XVI, specie dopo che a giorni nostri ne fu come ravvivata la memoria con la pubblicazione della vita composta e scritta da lui medesimo (1). Se non che mentre l' *Autobiografia* del Santori, conforme egregiamente nota il dotto editore, è « il documento più sincero ed autorevole dei suoi modi e costumi e della sua indefessa operosità (2) » il *Diario*, che qui vede in parte per la prima volta la luce, ci rivela non punto meno quello spirito d' osservazione, che fu in lui una delle precipue sue doti, onde sentivasi mosso a prendere nota dei fatti, anche in apparenza minimi, per cavarne tesoro d' esperienza nell' ardua pratica della vita. È inoltre questo suo scritto, ciò che più monta, larga fonte di schiettissima vena non solo alla storia speciale dei concistori, ma a quella altresì religiosa, politica e civile d' Europa nella seconda metà del secolo XVI. Quale sia poi la sua natura ed il posto che gli compete tra tanti e tanti monumenti storici dello stesso tempo, si fa chiaro dalle brevi parole di preambolo prepostevi dall' autore, che suonano in questa forma: « Ad singularium rerum memoriam servandam retinendamque, nonnulla sacri summique consistorii acta, quae in eo per dies quibus habetur geruntur, ab eo tempore, quo Dei Optimi Maximi miseratione et Sanctissimi D. N. D. Pii Papae V immenso immortalique beneficio ego Iulius Antonius, indignus ecclesiae Sanctae Severinae archiepiscopus, praeter omne meritum atque expectationem in sacrum cardinalium collegium cooptatus sum, compendiose mihi soli adnotare operae pretium existimavi. Quare et meae et reverendissimorum

(1) Cugnoni, *Autobiografia di Monsignore G. A. Santori, cardinale di S. Severina. Archivio della R. Soc. Rom. di storia patria* XII (1889), 327-372; XIII (1890), 151-206.

(2) Cugnoni, l. c. XII. 328.

dominorum meorum collegarum designationis et publicae receptionis in collegium ac, quae sequuntur, actionum brevissime commemorabo ».

Abbiamo dunque dinanzi un documento non già, come dicesi, ufficiale, ma d' indole al tutto privata. Il Cardinale si prefigge di prendere nota di ciò che successe nei concistori ai quali intervenne, per solo proprio suo uso: *mihi soli adnotare.* Di qua appunto la differenza tra il *Diario* Santoriano e quelli d' ufficio conservati tuttora nell' archivio della sacra Congregazione del Concistoro. In questi ultimi la mira precipua di chi si fa a redigerli è quella di indicare esattamente la data dei concistori, il luogo dove si tennero, i nomi delle sedi provviste di pastore, quelli dei preconizzati e così di seguito; il tutto in brevissima forma secondo lo scopo cui dovevano servire per il futuro. Delle allocuzioni tenute dai Sommi Pontefici, delle animate e lunghe discussioni, che allora tanto spesso solevano farsi in quell' augusto senato, non trovasi più che un accenno al nudo argomento e anche questo talora manca (1). Onde che il titolo di *Acta,* che portano in fronte simili libri o registri, si conviene loro più in rispetto delle risoluzioni finali prese in quelle assemblee, che non in risguardo di tutta la serie delle cose ivi occorse volta per volta. Non così nel Santori (2). Non già, ch'egli trascuri la maggior parte dei punti testè accennati che in un libro di simil genere sono come i capisaldi e le linee maestre nell' edificio; ma solo perchè non esclude, anzi con certa predilezione da luogo a particolari non richiesti, o meglio lasciati a bella posta da banda, in documenti strettamente ufficiali. Così, per cagion d' esempio, laddove discende a notare un lieve fallo involontario occorso al maestro delle cerimonie, si passa, benchè raramente, dal registrare il nome dell' eletto a questa o a quella sede episcopale, il titolo del benefizio e simili altri dati che mai non potrebbero mancare in registri compilati col precipuo intento di conservare autentica memoria dei fatti.

(1) Basti ricordare, a titolo di saggio, l' importantissimo concistoro dei 18 giugno 1571. Gli *Acta* ufficiali non solo non toccano l' argomento delle vive discussioni che in quel giorno si fecero circa l' inviare o no legati ai principi protestanti, ma neppure lasciano presentire che vi avessero luogo.

(2) Il Santori non si cura di notare, per esempio, il luogo dove si tenne il concistoro; indicazione che mai non manca negli *Acta.*

Chi dunque consideri il numero e la qualità delle notizie, troverà senza dubbio il *Diario* superiore agli *Acta* ufficiali, senza che tuttavia si possa affermare ch' esso solo basti a sostituirli come fonte adeguata alla storia dei concistori. La superiorità sopraddetta ch' io non dubito ascrivere al *Diario* Santoriano va intesa della somma del tutto, non già delle singole parti, come avviene nelle fonti che non tanto si sostituiscono quanto mutuamente si compiono (1). Ma rispetto all' autorità dovuta alle informazioni comuni a tutte e due le classi di documenti si avrà motivo di ritenere il *Diario* inferiore agli *Acta*? Non oserei affatto affermarlo. Il Santori nell' appuntare in iscritto quanto succedeva nei concistori si propone in primo luogo la verità ed esattezza dei ragguagli; anzi quelle stesse omissioni, poco innanzi accennate, vanno attribuite alla cura che ebbe di non notare avvenimento, minuto o grande che fosse, del quale non possedesse certezza. Il perchè il *Diario*, quantunque rimasto per più di tre secoli inedito, fu nondimeno tenuto in pregio dai critici ed eruditi delle età trascorse, che non lasciarono di attingervi come a sincerissima fonte. Ne fece uso l' Ughelli per la sua *Italia Sacra* (2), e più ancora l' oratoriano Giacomo Laderchi il quale non pure spesse volte lo cita, ma ne inserisce alquanti passi nella continuazione degli Annali del Baronio, mostrando così ai fatti di tenerlo per quel lavoro preclaro che gli piacque di definirlo con le parole (3). In esso infatti abbiamo come

(1) Uno de' molti esempi che si potrebbero addurre valga ad illustrare questa mia conclusione. Nel concistoro dei 20 ottobre 1570 così nota il Santoro la erezione della sede episcopale di Ortona a Mare: « Praeconizata ecclesiae ortonensis erectio et provisio per cardinalem Maffaeum ».

Gli *Acta* al contrario registrano: « Referente rmo. Maffeo erexit [Pius V] oppidum Ortonae Maris, in regno neapolitano, in civitatem et in ea erexit cathedralem ecclesiam in collegiata ecclesia s. Thomae quae in dicto oppido existebat sub eadem invocatione s. Thomae apostoli, quae subsit, iure metropolitano, archiepiscopo theatino, cum pluribus dignitatibus, canonicatibus et aliis beneficiariis, cum dismembrationibus, unionibus, dotibus, applicationibus et aliis prout in cedula. Et ipsi ecclesiae Ortonae Maris, ab eius primaeva erectione vacanti, providit de persona Ioannis Dominici Rebiba, messanensis, ipsumque illi in episcopum praefecit et pastorem ». Seguono le formule d' uso. Avverto sin da ora che non avendo l' archivio della Concistoriale determinato ordine di scansie e palchetti non mi è possibile citare la collocazione dei volumi usati. Del resto gli *Acta* si conservano a parte in un armadio, e il ritrovare i volumi che uso per i concistori dal 1570 al 1576 riesce facile a chi abbia ricorso ai dati cronologici scritti nel dorso d' ogni tomo.

(2) Cf. per es. IV, 998, n. 30.

(3) « At fusiora de hoc percelebri consistorio ex *praeclaro* cardinalis s. Severinae *Diario*, prout in eo iacent, dare non pigeat ». Ad an. 1571, p. 401, n. 17.

in un quadro il movimento della gerarchia cattolica per più di sette anni continui, esposto con quell'esattezza nelle date proprie bensì degli *Acta* ufficiali, ma desiderata talvolta nelle classiche opere dell'Ughelli, dei Sainte-Marthe, del Farlati e cosifatte (1). Oltre di che egli è certo che tanti ragguagli, utilissimi a sapersi per la adeguata conoscenza dei tempi e degli uomini, sarebbero forse rimasti perpetuamente celati ai posteri qualora il Santa Severina non ce li avesse trasmessi col peso d'autorità riconosciuta meritamente in personaggio di tanto senno. Di qua appunto l'interesse che suscitano parecchie e parecchie delle sue pagine, non ostante la forma negletta in che furono stese. Esse ti dipingono e mettono quasi sott'occhio con somma schiettezza ed evidenza e senza ombra di preconcetta opinione quanto, fuori d'ogni sguardo profano, avveniva in quei venerandi consessi; così che il lettore sente aleggiarvi per entro uno spirito di verità, remoto da ogni specie non pure di finzione, ma anche solo di reticenza.

Rimane a dire dei manoscritti che ci conservarono il pregevole documento. Due ne conosco fin qui. Il Corsiniano 47 e il Concistoriale, conforme possiamo contradistinguerlo dal nome della Congregazione del Concistoro, nel cui archivio si trova (2). Notevolissime sono le differenze fra essi. Il primo è una copia, sufficientemente tarda, del secolo XVII e, come si ricava dal titolo, comprende i concistori tenuti sotto i pontefici Pio V, Gregorio XIII, Sisto V, Gregorio XIV, Innocenzo IX, Clemente VIII (3), vale a dire un quarto di secolo; il secondo compo-

(1) Nell'edizione del testo lo studioso troverà indicato ai propri luoghi di quanto aiuto riesca il *Diario* per colmare certe lacune e certe mende cronologiche inevitabilmente introdottesi nelle predette collezioni.

(2) Il codice cartaceo, in foglio. (cent. 32—22) legato con coperta di pergamena molle porta a tergo, in alto, il seguente titolo: ACTORŪ | CONSISTOR. | DIARIŪ | PII V | 1570 AD | 1572 | GREG. XIII | 1372 | AD | 1576 | CARD. S. SEVER. Segue una linea che non riesco a leggere perchè la scrittura è troppo svanita; poi: IN | CARD. In basso una vecchia segnatura C. | 3375. Il *Diario* occupa centotrentatre carte cui ne seguono quarantanove lasciate in bianco.

(3) Ecco il titolo nel suo testo: « Acta Consistorialia Pii Quinti, Gregorii Decimi 3tii Sixti Quinti, Gregorii Decimi Quarti, Innocentii Noni, Clementis Octavi Summorum Pontificum ab anno MDLXX usque ad annum MDXCV a Iulio Sanctorio Cardinali Sanctae Severinae descripta ». Benchè, secondo il titolo, dovrebbe contenere i concistori sino al quinto anno del Ponteficato di Clemente VIII (1595), nel fatto tuttavia il Cod. 47 non va più oltre del luglio 1584. Esso fu già segnalato dal Laemmer (*Zur Kirchengeschichte des sechszehnten*

sto di centotrentatrè carte in foglio, legate in un volume con coperta di pergamena, ha le prime sedici pagine autografe del Cardinale, le rimanenti di altra mano, ma dello stesso secolo XVI. Inoltre è considerevolmente più ristretto quanto all'estensione, non avendo più che i concistori tenuti negli anni estremi di Pio V e nei primi del successore, propriamente quelli che vanno dal 17 di maggio 1570 al 17 decembre 1576 e sono tra segreti e pubblici non meno di centonovanta; de' quali trentanove spettano al pontificato di san Pio V. I minuti raffronti da me istituiti tra le varie lezioni dei due codici mi hanno condotto ad accertare che la parte del Corsiniano comune al Concistoriale proviene direttamente da quest'ultimo. A siffatta conclusione pare oppongasi a prima vista ciò che scrive il Laderchi là dove, riportando un notevole passo di questo scritto del Santori, dice averlo trovato *in Diario, et quidem autographo, quod apud nos servamus, cardinalis S. Severinae* (1); il che nel naturale ed ovvio suo senso fa supporre un archetipo comune autografo, dal quale siano derivati il Corsiniano e il Concistoriale. Se non che non avendo noi traccia di questo supposto autografo (2) mi sembra che le parole del dotto annalista non ci costringano, in rigore, ad ammettere siffatta ipotesi. Dicemmo poco sopra che il Concistoriale ha le prime sedici pagine autografe. Or bene il passo che il Laderchi asserisce di avere trovato nel *Diario autografo* appartiene appunto a questa prima parte del ms. ch'è tutta di mano del Santori. Potè dunque il continuatore del Baronio, estendendo alquanto i termini, chiamare *autografo* il *Diario,* quando invece in istretta proprietà di linguaggio era da dire autografa quella parte dell' opera, dalla quale toglieva il passo che dava alla luce.

Delle cure poste nel preparare l' edizione mi sbrigherò in poche parole. Circoscritta innanzi tutto la pubblicazione alla sola parte del *Diario* contenuta nel cod. Concistoriale, esitai

und siebenzehnten Jahrhunderts, Freiburg in B. 1865, 138 n. 6) che non avvertì tuttavia come il contenuto non corrispondesse, quanto all'estensione, al titolo. Il Laemmer riportò un breve passo risguardante il Cromer, passo, nel resto, già edito dal Laderchi, *Annales* ad an. 1570, p. 170 n. 33.

(1) Laderchi l. c.

(2) Infruttuose mi riuscirono le ricerche fatte alla Vallicelliana dove, più che altrove, sperai potessero avere esito favorevole.

alquanto se dovessi fornirla d' apparato critico con le varie lezioni del codice Corsiniano. Tuttavia stabilito che il Corsiniano non è altro che una copia eseguita nel sec. XVII sul Concistoriale, mi parve opera inutile l' imprendere questa fatica, tanto più che la varietà delle lezioni si riduceva ad errori ortografici o ad omissioni e inversioni di parole, dovute a sviste dell'amanuense. Riprodussi dunque tutta intera la lezione del Concistoriale, seguendo però nella stampa del testo le norme saggiamente determinate per simili edizioni dall' Istituto Storico Italiano.

Per le annotazioni mi s' imponeva la legge di somma parsimonia. Mi restrinsi dunque a quel tanto che parvemi strettamente necessario per agevolare, secondo i buoni metodi, l'uso del documento. Giusta questo criterio notai il nome e cognome dei cardinali ricordati spesso con quello del loro titolo, ma ciò solo la prima volta che ricorrevano con siffatta denominazione; aggiunsi, sempre che mi fu possibile, i nomi dei preconizzati, e delle chiese, talora desiderati nel testo, attingendoli parecchie volte agli *Acta* ufficiali mss., tal' altra ad opere a stampa della cui esattezza, per ogni singolo caso, non aveva motivo di dubitare. Più notai le divergenze tra le indicazioni del Santori e quelle di altri autori, i passi del *Diario* già editi, e via dicendo.

Conchiudo col rendere devotissime grazie a Sua Eminenza il Cardinale Mariano Rampolla del Tindaro, che mi implorò dal Sommo Pontefice Leone XIII la grazia di usare i volumi dell' archivio della Congregazione Concistoriale, senza di che il *Diario* del Santori non mi sarebbe stato accessibile nel testo, sia pure parziale, che, per le ragioni testè toccate, va preferito a quello conservatoci dal codice Corsiniano.

Roma, 15 agosto 1902.

PIETRO TACCHI VENTURI S. I.

[**Fol. 3**] In nomine sanctae et individuae Trinitatis, Patris et Filii et Spiritus Sancti. Amen.

Actorum sacri, summi Pontificis et amplissimorum Cardinalium Senatus, diaria adnotatio.

Ad singularium rerum memoriam servandam, retinendamque, nonnulla sacri, summique Consistorii acta, quae in eo per dies, quibus habetur, geruntur: ab eo tempore, quo Dei Optimi Maximi miseratione, et Sanctissimi D. N. D. Pii Papae V immenso immortalique beneficio ego Iulius Antonius, indignus ecclesiae Sanctae Severinae archiepiscopus, praeter omne meritum atque expectationem in sacrum cardinalium Collegium cooptatus sum, compendiose mihi soli adnotare operae pretium existimavi. Quare et meae et reverendissimorum dominorum meorum collegarum designationis et publicae receptionis in Collegium ac, quae sequuntur, actionum brevissime commemorabo.

[**3ᵛ**] Sanctissimus D. N., cum iam aliquot praelatos et viros benemeritos cardinales creare iamdiu antea constituisset, ab aliquibus tamen mensibus et proximis diebus cum nonnullis illustrissimis dominis cardinalibus amicis hanc suam deliberationem communicavit, sed non ita aperte neque personas omnes, quas ad illum gradum eveheret, declaravit. Rumor etiam in urbe et curia increbrescebat de nova cardinalium promotione, praesertim post Pascha Resurrectionis Domini Nostri; sed et illum auxit quod Sanctitas Sua Hieronymum Rusticuccium eius secretarium, sibi dilectissimum, qui certo cardinalem futurum esse vulgo ferebatur, protonotarium (a) apostolicum creavit.

Transacta igitur hebdomada Rogationum et Ascensionis D. N. Iesu Christi, in qua Sanctissimus D. N. tres publicas et solemnes supplicationes habuit pedes, indicto (b) amplissimo iubilaeo pro divino auxilio implorando adversus Turcas insulae Cypri invasionem molientes, quibus etiam diebus a negociis communibus abstinuit, ut quietius orationi et precibus vacaret, de nova huiusmodi creatione maxime insusurrabatur. Quamobrem adveniente vigilia Pentecostes ante vesperas, de ea curiosius a quibusdam cardinalibus, ut Tridentino (1) et Farnesio (2), interrogatus, aperuit se eam facere velle, et sexdecim cardinalium; eisque et promovendorum plerorumque nomina declaravit. Unde et ab eiusdem sabbati vespere res circumferri coepit.

Dominica etiam Pentecostes (3) a prandio idem apertius Sanctitas Sua illustrissimo Antonio cardinali Carafae ac aliis manifeste declaravit; tum deinde aliis cardinalibus et principum oratoribus [4] praesertim

(a) prothonotarium — (b) in dicto.

(1) Cristoforo de' principi Madrucci di Trento.
(2) Alessandro Farnese.
(3) La Pentecoste cadde in quest' anno 1570 ai 14 maggio.

qui agebant pro aliquibus praelatis et personis, qui ad hunc honorem aspirabant, vel quibus illum deberi iudicabant ex meritis vel obsequiis in hanc Sedem praestitis, et nihilominus praetermissi videbantur. Inter alios horum, insigniores habebantur, episcopus Cenetensis (1), episcopus Maceratensis (2), episcopus Firmanus (3), et alii quidam. At Sanctissimo D. N. sexdecim, non plures, se creaturum esse constanter asseruit, et ab hoc proposito nullis precibus vel officiis, aut commemorationibus meritorum divelli potuit, quod nollet ultra unum numerum LXXII discipulorum Domini excedere, ita et sequenti die in audiendis cardinalibus et principum oratoribus immutabilis perstitit. Feria autem tertia Pentecostes secessit in suam villam Casaleti, ut se importunis ambientium, vel eorum nomine postulationibus, levaret; ibique coenatus est, iussitque consistorium in crastinum diem cardinalibus intimari. Sed priori die nostrum aliquibus id significaverat per suum secretum thesaurarium quem cum sarctore ad dimetiendas nobis vestes miserat. Me etiam dominica Pentecostes per Rusticuccium secretarium admonuerat, se in maximis rebus mea usurum opera, ut ipsius grati animi beneficentiam agnoscerem.

Unde factum est ut citra morem cardinales designati haberentur, et publice propositi essent, qui iam promovendi erant.

Hoc autem triduo per urbem et curiam effusa laetitia visitabantur, ac salutabantur designati, ac si iam creati essent, maxima hominum frequentia; quo circa, honestatis causa, aliquos et me de praesentibus in curia oportuit secedere, vel potius latitare ad effugiendas salutationes nimium praeproperas.

[4v] Interim Sanctissimus amplissimo cardinali Alexandrino (4) nepoti dat notam nominum promovendorum eique mandat, ut feria quarta sequenti summo mane, qui sunt praesentes in curia accersat in suam habitationem palatii; et in conclavi, dum consistorium peragitur, morari curet, impedito aditu salutantium.

1570
17 maii.

Igitur die XVII mensis mai MDLXX, feria quarta quatuor temporum Pentecostes, summo mane, praefatus illustrissimus d. card. Alexandrinus per Iulium monachum, eius cubiculi praefectum, ac alios suos domesticos ad se venire fecit decem ex nobis, qui praesentes eramus; et in ipsius habitatione voluit, ut qui nondum vel non recenter tonsi erant, tonsurae coronam a barbitonsore suo sibi fieri vel renovari curarent. Ipse autem, Sanctissimo Domino nostro ad secretum consistorium, in quod iam cardinales convenerant, descendente, cum eo ad illud se contulit.

(1) Michele della Torre, vescovo di Ceneda sin dal 1547; creato poi cardinale da Gregorio XIII il 12 dec. 1583.

(2) Girolamo Melchiori.

(3) Lorenzo Lenzi, morto in Francia l'anno seguente 1571.

(4) Michele Bonelli, cardinal nepote.

Nomina novorum cardinalium.

1. Marcus Antonius Maffaeus archiepiscopus theatinus, titularis tamen, datarius Sanctissimi, romanus, praesens in curia.

2. Gaspar Zuñiga (a) de Avellaneda, archiepiscopus hispalensis; superiore anno compostellanus, hispanus, absens a curia.

3. Gaspar Cervantes de Gaieta archiepiscopus tarraconensis; prius messanensis in Concilio sub Pio 4; deinde salernitanus, post Concilium; hispanus, consultor in causa toletana, praesens in romana curia.

4. Nicolaus de Pelve archiepiscopus senonensis, gallus, a consiliis Regis Christianissimi, absens a romana curia.

5. Iulius Antonius Sanctorius archiepiscopus Sanctae Severinae, praelatus domesticus Sanctissimi et officii sanctae, romanae et universalis Inquisitionis consultor ordinarius et in causa toletana (1); qui hic quinto loco ponitur, quamvis [5] tertio loco a Sanctissimo D. N. fuit nominatus et adscriptus in nota; tamen quia Sanctissimus ad rogationem cardinalis Farnesii de ordine inter nos, respondit: " Unusquisque in loco suo ", quinto loco et ultimus archiepiscoporum conscribor; casertanus sive clericatu capuanus, praesens (2).

6. Petrus Donatus Caesius (b) episcopus narniensis, titularis tamen, et clericus Camerae apostolicae et summista, tudertinus, sive romanus, praesens.

7. Carolus de Grassis episcopus Montis Flasconi seu Montis Faliscorum, clericus Camerae apostolicae et almae urbis gubernator; bononiensis, praesens.

8. Carolus Dangenes episcopus cenomanensis, Rambugliettus (3), gallus, orator Regis Christianissimi, praesens.

9. Frater seu magister Archangelus Blancus, episcopus theanensis, olim s. officii commissarius, viglevanensis, Ordinis Praedicatorum, absens.

10. Frater seu magister Felix Peretti (c) de Monte Alto, episcopus s. Agathae Gothorum, consultor in causa toletana, olim vicarius generalis sui ordinis Minorum Conventualium, et alias de s. Officio, marchianus, praesens.

11. Paulus de Aretio, episcopus placentinus, de Itrio caietanae dioecesis, congregationis Clericorum Regularium, absens (4).

(a) Zuniga — (b) Coesius. — (c) Perretta.

(1) I particolari che precedettero la sua promozione alla porpora furono dal Santori notati anche più copiosamente nell' *Autobiografia*. Cf. Cugnoni, *Autobiografia di monsignor G. A. Santori* nell' *Arch. di Società Romana di st. pat.* XII (1889) 349-350.

(2) « Sono nato in Caserta nella parrocchia di S. Vito d' Ercole, diocesi capuana ecc. Così egli comincia le memorie della propria vita. Cf. Cugnoni, *Autobiografia*, ecc. l. c. p. 329.

(3) Carlo d' Angennes vescovo di Le Mans discendeva dalla nobilissima prosapia de' signori Rambouillet.

(4) Paolo Burali teatino, soprannominato il Cardinal d' Arezzo, beatificato da Clemente XIV, il 1772.

12. Ioannes Aldobrandinus episcopus imolensis, olim Romae auditor, consultor in causa toletana, praesens.

13. Hieronymus Rusticuccius protonotarius et antiquus Sanctissimi D. N. secretarius, fanensis, praesens.

14. Frater seu magister Vincentius Iustinianus chiensis, genuensis, generalis Ordinis Praedicatorum, nunc specialis nuntius ad Regem Catholicum, absens.

15. Ioannes Hieronymus Albanus protonotarius et gubernator provinciae Marchiae anconitanae, bergomas, absens.

[5v] 16. Iulius Aquaviva protonotarius et referendarius utriusque Signaturae, filius Ducis Adriae, neapolitanus, sed natali solo romanus.

Sanctissimus per tres turmas cum cardinalibus de praesenti promotione egit. Primo loco tertiam partem, inter quos erant episcopi cardinales et seniores presbyteri; secundo loco aliam tertiam, in qua alii cardinales presbyteri erant; tertio reliquam tertiam in qua erant reliqui presbyteri cardinales iuniores et diaconi cardinales, ad cameram existentem post consistorii cubiculum advocavit, illisque proposuit promotionem et promovendos, et ab eis illorum sciscitatus est sententiam sermone materno, et fere conclusum extitit duos alios esse creandos intuitu germanicae nationis, scilicet archiepiscopum salzeburgensem primatem (1) et episcopum leodiensem (2), viros catholicos et magni nominis. Deinde Sanctitas Sua se contulit in consistorium cum eis, ubi pro forma exquisivit vota, et nos cardinales pronunciavit absolvendo prius a vinculo, quo ecclesiis nostris tenebamur; deinde illas nobis in administrationem dando, cum retentione beneficiorum etc., dilato consilio creandi cardinales praelatos germanos.

His peractis, nos decem praesentes advocamur in consistorium; genuflectimus, et de more nobis Sanctissimus biretum seu pileolum rubeum imponit, subnigrum fratri Felici episcopo agathensi (3). Illius nos pedes et manus exosculamur, et ipse nos ad oris osculum recipit. Tum facimus cardinalibus praesentibus reverentiam et invicem complectimur et osculamur eosdem: tum Sanctissimus nos allocutus est de dignitate cardinalatus, de munere nostro, de libertate dicendi et de aliis.

Dimittitur consistorium; salutationes quam frequentissimae cardinalium et aliorum. Nos, novi cardinales, a cardinali Alexandrino una cum cardinalibus Claraevallensi (4) et Carafa (5) [6] invitamur ad coe-

(1) Giangiacomo von Kuen-Belasy.

(2) Gerardo van Groesbeck.

(3) Al cardinale Felice Peretti come a religioso de' Minori Conventuali.

(4) Girolamo Souchier, detto il Cardinale di Chiaravalle dalla dignità ch'ebbe di abate di quell' insigne monastero.

(5) Antonio Carafa, creato cardinale da Pio V insieme col Souchier nella precedente promozione dei 24 marzo 1568.

nam instante iam hora XVIII, et in palatii sua habitatione luculentissime coenatum est. Accubuit etiam Marcus Antonius Columna, qui eo mane hac illac per Alexandrini aedes discurrebat, et Michael Bonellus cardinalis germanus frater, Triphone (1) epigramma recitante.

Deinde post epulas omnes cardinales novi, decem, et Alexandrinus et Claraevallis et Carafa sursum ad cubiculum Sanctissimi accessimus; ubi Sanctissimus D. N. nos paterne admonuit; et cardinalis Alexandrinus et Carafa et Claraevallis pro gratiarum actione de nostra promotione Sanctitatis Suae pedes osculati sunt. Unusquisque deinde nostrorum gratias egit et, pedes exosculati, ab ipso complexi et osculati sumus.

Interea congratulationes et salutationes undique cardinalium, virorum principum oratorum et nobilium et praelatorum et caeterorum curialium.

1570. 20 maii

Die sabbati XX maii MDLXX hora matutina nos decem novi cardinales praesentes convenimus ad sacristiam palatii pro publico consistorio, in quo suscepturi eramus galerum rubeum, et ibi deposuimus interiorem tunicam, subtanam appellatam, coloris violacei, et accepimus rosaceam; deinde, acceptis cappis de more a cardinalibus diaconis et presbyteris, illorum locum supplentium, adducti sumus ad salam consistorii ubi reverentiam Sanctissimo D. N. exhibuimus et, illius pede et manu deosculata, ab ipso complexi et in ore deosculati sumus. Deinde, singuli singulos cardinales salutantes et illis nos inclinantes, ab eisdem ad osculum recepti sumus, et datus locus competens inter eos.

Deinde, praecedentibus cardinalibus senioribus, in cappellam Sixti IIII caeteri omnes prosecuti sumus, ibique, lecto iuramento per cardinalem Maffaeum, singuli fidelitatis iuramentum praestitimus et, reversi ad consistorii locum, singuli galerum de more, iuxta cerimoniale, de manu Sanctissimi accepimus, eisdem exhibitis reverentiis et osculis; et dimissum est consistorium.

[6v] Rursus hodie, peracto consistorio, amplissimus cardinalis Alexandrinus novos nos cardinales et Claraevallensem et Carafam invitat, et apud eumdem coenantur cardinalis Ferrariensis (2) et cardinalis Cornelius camerarius (3); et profecto opulentissima mensa et epulae lautissimae. Itaque discubuimus quindecim cardinales et Michael Bonellus, nec defuit Tripho qui pro rei argumento carmina depromeret.

Eodem die Sanctissimus D. N. voluit ut interessemus novi cardinales vesperi Sanctissimae Trinitatis, prout interfuimus, et dominica se-

(1) Non so chi fosse questo poeta che ricorre anche qualche linea più sotto. Non potè certo essere l'abbastanza noto Trifone Gabriele o Gabrielli del quale si hanno due sonetti nelle *Rime diverse di molti eccellentissimi autori* editi in Venezia dal Giolito di Ferrari il 1545. Nel 1570 questo Trifone era già da parecchi anni passato di vita.

(2) Ippolito d'Este.

(3) Luigi Cornaro, card. diacono del titolo di san Teodoro era stato fatto in quell'anno 1570 camerlengo di S. R. C.

quenti, prima post Pentecostem seu Trinitatis, similiter interfuimus Cappellae coram Sanctitate Sua cum caeteris reverendissimis dominis.

1570
24 maii

Die 24 maii, feria IIII fuit Cappella pro vesperis SSmi Sacramenti de more.

1570
25 maii

Die XXV eiusdem, feria V fuit solemnis et publica processio Sanctissimi D. N. et omnium cardinalium pro sanctissimo Sacramento de more.

Nec praetermittendum est quod beneficio beneficia adiecit Sanctitas Sua. Nam et Maffaeo, mihi, Aldobrandino, Montalto (a) (1) et Aquaevivae et Theanensi (2), absenti, 500 aureos donavit et omnes vestes quotidianas et cappas quadruplices et duplices respective, et bacile, bocale et mazzam argenteam et paramenta multa et planetas et tunicellas pro diacono respective nobis fieri et elaborari sua largitate curavit, statuta etiam consueta provisione.

1570
2 iunii

Die II iunii, feria sexta fuit consistorium secretum, in quo Sanctissimus de consensu reverendissimorum dominorum cardinalium clausit os mihi et caeteris novis collegis.

Illustrissimus dominus cardinalis Ferrariensis proposuit monasterium s. Melanii Ordinis s. Benedicti rhedonensis (b) dioecesis, per resignationem Arthuri (c) episcopi constantiensis vacans, pro Francisco le Roux clerico andegavensis dioecesis, nominato a Rege Christianissimo, et expeditum.

[7] Huius occasione monasterii Sanctissimus egit de cogendis commendatariis ad sacros ordines; et in collegio ab aliquibus, praesertim a cardinale Claraevallis, propugnatur infra omnia non esse monasteria commendanda, nec obstare concordata, quae nihil in hoc refragantur, cum eiusdem ordinis et qualificatum nominandum exigant.

Marcus Antonius cardinalis Columna praeconizavit propositionem ecclesiae acernensis pro Laelio Iordane utriusque iuris doctore in proximo consistorio.

Franciscus card. Alciatus praeconizavit ecclesiae septensis (d) et tingensis in Africa unionem, et erectionem ecclesiae helvensis (e) et illius provisionem in Portugallia pro proximo consistorio.

Franciscus card. Pachecus (f) denuntiavit pro proximo consistorio ecclesiam medaurensem in partibus infidelium pro reverendo patre fratre Gaspare de Torres destinato suffraganeo cardinali Hispalensi (3).

(a) Montis Alti — (b) Redonensis — (c) Arturi — (d) Ceptensis — (e) Elvensis — (f) Pacechus.

(1) Felice Peretti.
(2) Arcangelo Bianchi, vescovo di Teano.
(3) Gaspare di Zuñiga.

Antonius card. Carafa denuntiavit pro eodem proximo consistorio provisionem ecclesiae litterensis pro reverendo patre d. Philippo Fasio presbytero panormitano.

Sed eodem die veneris, seu feria sexta, II iunii 1570 in eodem consistorio secreto ante omnia Sanctissimus D. N. admonuit reverendissimos dominos cardinales ad honestam familiam habendam, et viros probos, pacificos et quietos in familiares recipiendos vel retinendos, quod eorum excessus et vitia in dominos redundent. Idque, quoniam novum almae urbis gubernatorem, r. d. Montem Valentem constituerat, loco rmi Caroli de Grassis episcopi Faliscorum, urbis gubernatoris, quem cardinalem creaverat, praemonere voluit; praecepitque ne quis cardinalium impediret iustitiae executionem, nec eius familia reos protegerent, vel arma adversus lictores et beroarios arriperent, vel causa franchitiae domus cardinalium ministris iustitiae se opponerent aut, quovis quaesito colore, delinquentes defenderent, vel occultarent, aut receptarent, aut de manibus curiae eriperent, sub gravissima poena, saltem lesae maiestatis in secundo capite: contestatus, id fuisse [7v] semper sibi cordi, ne iustitiae executio ulla via impediretur; memoravit quoque idem a se alias in eodem loco etiam in sui pontificatus initio venerabilibus fratribus fuisse praeceptum; quodque Sanctitas Sua mandaverit, ut etiam si in suo cubiculo reus quispiam aut delinquens latitaret vel reperiretur, inde statim, nulla spe immunitatis suffragante, extrahi et in carceres duci a iustitiae ministris libere posset, prout et nunc mandat et suae esse voluntatis declarat.

(1) Tum Sanctissimus noster proposuit necessitates ecclesiae varmiensis, cuius administrator serenissimus vir card. Varmiensis intererat (2); quas ob haereticorum circumstantium et insidiantium infestationem, sustinet; et quomodo dominus cardinalis ob residentiam in curia, inde abesse cogatur et ob aetatis grandaevae gravitatem illuc redire non facile possit; et quod si vacaret, quod absit, in manus cuiusque haeretici pervenire posset, non sine maximo illius ecclesiae et populorum exitio et pernicie. Propterea venerabilem eius fratrem cardinalem cogitasse de surrogando coadiutore etiam cum futura successione, qui illius ecclesiae gubernacula sustinere et adversus haereticorum impetus resistere, et illorum falsa dogmata respuere valeret. Et quamvis Sanctitas Sua hactenus huiusmodi coadiutorias non concesserit nec concedere intendat (ut sacri generalis Tridentini Concilii illibata permaneat auctoritas) in hoc casu, ob evidentem illius ecclesiae utilitatem, videtur dispensandum. Nec enim poterit trahi in exemplum, ut aliis concedatur, vel ab aliis petatur; cum similis casus vix unquam occurrere possit; ad quod tanto

(1) Il seguente passo, sino alla fine della relazione del concistoro del 2 di giugno, fu pubblicato dal Laderchi, *Annales ecclesiastici* ad an. 1570 n. XXIII, p. 170. Egli incorse in un leggero errore ponendo il concistoro agli 11 di giugno piuttosto che ai 2.

(2) Stanislao Hosio.

magis liberius concedendum Sua Sanctitas condescendit, quod Rex Poloniae, qui habet [ius] proponendi seu nominandi duos aut tres canonicos ex Capitulo (a) eiusdem ecclesiae, e quibus unum eligant, huic coadiutoriae constituendae non modo, in gratiam eiusdem [8] domini cardinalis, consentit, sed et eam obtinere ob fidei catholicae zelum maximopere exoptat. Personam autem coadiutoris esse Martinum Cromerum (b) canonicum eiusdem ecclesiae et aliarum etiam cathedralium in Polonia, virum eruditissimum, et spectatae vitae atque scientiae notissimum in Germania et in Polonia ubi semper acerrimus extitit fidei orthodoxae adversus haereticos propugnator, verbo et scriptis etiam editis, de cuius probitate atque doctrina Sua Sanctitas undequaque habet locupletissima testimonia; unde et in illis partibus malleus haereticorum appellatur. Et quod providendum esset de aliqua ecclesia titulari, vel quae esset apud infideles, vel de quadam ab haereticis occupata in eisdem partibus, ut etiam episcopalia munia posset implere; sed, quia adhuc non est resolutum quid fieri vel sperari de ea ecclesia possit, proinde sufficiet nunc ipsum coadiutorem illius ecclesiae instituendum; et deinde poterit creari episcopus: et insuper videri Sanctitati Suae esse dispensandum cum eodem ad retinendum canonicatum et praebendas, tam in dicta ecclesia, quam in aliis etiam cathedralibus; ne veniant in manus haereticorum, defectu catholicorum qui non reperiuntur in eisdem partibus habiles ad illas consequendas; et quod eidem coadiutori reservaretur de mensa episcopali certa pars fructuum ut congrue sustentari valeret; quae iuxta illarum partium monetam computata (c) excedebat medietatem, reliqua parte remanente cardinali Varmiensi eius episcopo; et quod in gratiam cardinalis et meritorum Martini coadiutoris gratis transiret expeditio.

Tum Sanctissimus rogavit sententias. Omnes patres collaudaverunt probum et utile propositum atque consilium domini Varmiensis cardinalis et Sanctissimi Domini Nostri deliberationem, ut illi ecclesiae maxime salutarem. Collaudarunt personam coadiutoris ex his quae de eo circumferuntur; probaruntque coadiutoriam ex huiusmodi necessaria causa et reservationem; et gratias egerunt pro gratia domino cardinali Varmiensi, et eisdem placuit retentio, et commendarunt pietatem et liberalitatem cardinalis, qui plus cessit coadiutori et sibi minus reddituum retinuit [8v] contra morem cedentium, aut sibi successores designantium; gratiae quoque litterarum expeditionis liberrime adstipulati (d) sunt.

Nonnulli ex patribus dixerunt hanc coadiutoriae causam non modo non esse contra Tridentini Concilii decretum, sed imo secundum illud, *Sess. XXV de reformat. generali cap. VII,* quod si urgens necessitas, vel evidens utilitas postularet, causa cognita a Sanctissimo Romano Pontifice illam concedi posse.

Aliquibus visum fuit, ut eidem coadiutori daretur ecclesia et fieret

(a) duos aut tres canonicis et Capitulo — (b) Crumerum — (c) computabatur — (d) astipulati.

episcopus titularis, ut pontificalia munera praestare potuisset; quia non esset moris in eodem sacro loco deputari quempiam coadiutorem cum futura successione alicuius episcopi, qui non institueretur simul et semel episcopus, praesertim ut pontificalia munera administraret ad quae principaliter instituitur; et ut maiori cum existimatione dignitatem tueri posset. Huius obiectionis fuit d. cardinalis a Gambara, quem vera dicere Farnesius et aliqui testati sunt. Sed eidem Commendonus et quidam alii graviter responderunt, coadiutores etiam non episcopos deligi posse, morem non fuisse perpetuo servatum, expectandum tempus resolutionis illius ecclesiae, quae ab haereticis detinetur, commendandae; semper opportunum esse de eius persona aliquam ecclesiam titularem provideri, coadiutoriam non esse principaliter ad praestanda et implenda munia pontificalia, sed ad exercendam iurisdictionem episcopalem: quod maxime patet ex sacris canonibus tractantibus vel permittentibus coadiutorias sine futura successione: quod qui in eis deputabantur, episcopi non essent; praesertim cum a vicinis episcopis pontificalia administrari possint, vel etiam cum non magnum dispendium sustineant, si eorum ministerium paulisper differatur, donec de ecclesia illi commendanda consultius agatur. Et ita Sanctissimus illum coadiutorem cum futura successione et retentione et reservatione pronunciavit.

Deinde dominus Ferrariensis proposuit ut Sanctitas [Sua] etc. (1).

[9] Die IX iunii 1570.

1570
9 iunii

Fuit consistorium, et in eo Sanctissimus D. N. aperuit nobis novis cardinalibus os, et dedit annulos (a) cum titulis; sed facta est a nonnullis cardinalibus optio titulorum.

Mihi datus est, meo tamen arbitrio et electione, titulus basilicae S. Bartholomaei in Insula, pene collapsae, ut illam, Deo annuente, valeam reparare.

Cardinalis Pachecus (b) proposuit ecclesiam medaurensem in partibus infidelium pro suffraganeo cardinalis Hispalensis, et fuit expedita.

Cardinalis Alciatus proposuit ecclesiam tingensem et septensem (c) in partibus Africae, et erectionem ecclesiae helvensis (d) sub rege Portugalliae, et expeditae sunt.

Cardinalis Carafa proposuit ecclesiam litterensem pro domino Philippo cappellano cardinalis Pisarum (2), et fuit expedita cum gratia etc.

Reverendissime Domine. Ego Franciscus cardinalis Pacheco (e) proponam in proximo futuro concistorio ecclesiam medaurensem in partibus infidelium certo modo vacantem in personam reverendi patris fratris

(a) anulos — (b) Pacechus — (c) Ceptensem — (d) Elvensis — (e) Pacechò.

(1) Qui cessa la prima mano, cioè l'autografo dello stesso cardinale G. A. Santori.
(2) Scipione Rebiba che continuava a dirsi e soscriversi *Cardinalis Pisarum,* benchè dal 1560 avesse rinunziato alla sede di Pisa. Cf. Laderchi, *Annales* ad an. 1570, n. X, p. 363.

Gasparis de Torres Ordinis B. Mariae de Mercede, quem reverendissimus dominus Gaspar de Zuñiga et Avellaneda huius S. R. E. presbyter (a) cardinalis ac modernus archiepiscopus hispalensis a Sanctissimo D. N. sibi dari petiit et supplicavit in suffraganeum, cum non speret per seipsum comode et perfecte pontificalia in sua ecclesia, civitate et dioecesi exercere posse ob latitudinem ipsius dioecesis et multas alias et diversas occupationes.

Ecclesia medaurensis est in Africa, in partibus infidelium sub tunisensis seu algerensis (b) regni ditione, ut sunt aliae plurimae, non sine maximo reipublicae christianae detrimento et ut ex africanis (c) conciliis colligitur sub ecclesia metropolitana carthaginensi (d) seu tunisensi.

Praefatus vero Gaspar promovendus, qui fidei professionem iuxta formam a sancta Sede Apostolica traditam in partibus fecit, et in ordine presbyteratus a multis annis citra promotus, in artibus et sacra theologia magister in Universitate salmanticensi graduatus, atque inibi cathedram maioris logicae per plusquam viginti annos regit, et propterea iubilatus, seu illustris effectus, existit, in quinquagesimo primo suae aetatis anno constitutus. Vir eminentis doctrinae, vita et moribus laudabilis et insignis, quique in dicto suo ordine fuit commendatus, ac vicarius provincialis, et postmodum provincialis, quae officia summa providentia ac religione exercuit et administravit, et in quo omnes aliae qualitates requisitae a sacris canonibus, et Tridentina Synodo (e) abunde concurrunt. Patitur tamen defectum natalium, sed cum eo nuper per Sanctissimum D. N. dispensatum est.

[9v] Idem dominus Gaspar promovendus habet pro substentatione episcopalis dignitatis status stipendium dictae cathedrae logicae magnae ad vitam, etiam non legendo, quia, ut praefertur, iubilatus existit, valoris 300 ducatus in circa; et insuper Serenissimus Rex Catholicus modo Sanctissimo D. N. supplicavit ut pro comodiore substentatione eiusdem et suae dignitatis, dignetur reservare, constituere et assignare eidem ducatus 200 pensionis annuae de novo super fructibus mensae archiepiscopalis hispalensis, accedente consensu domini reverendissimi cardinalis moderni archiepiscopi, quae pensio simul cum aliis impositis non excedit (f) tertiam partem.

Aliae propositiones habentur ut in memoriali etc.

1570
16 iunii

Die XVI iunii 1570.

Fuit consistorium in quo Sanctissimus D. N. commisit administrationem ecclesiae senogalliensis, vacantis per obitum (1), cardinali Rusticuccio (g), non sine aliquorum, praesertim novorum cardinalium, tacita improbatione, quod non esset vir doctus, aut eruditus etc.

(a) praesbiter — (b) Argerensis — (c) Aphricanis — (d) Cartaginensis — (e) Sinodo — (f) excedunt — (g) Rusticucio.

(1) Vescovo di Senigallia era Urbano Vigerio della Rovere. Errò l'Ughelli *Ital. sacra,* 2, 877, n. 51 ponendone la morte al 1571.

Sanctissimus D. N. volebat assignare pensionem mille ducatorum super ecclesiae senogalliensis fructibus cardinali Sanctae Severinae; sed fuit ei suggestum, ut libere provideret de [ea] dicto cardinali Rusticuccio (a), quod cardinali Sanctae Severinae posset committi ecclesia barensis quae dicebatur proxime vacatura, quam tamen ille nunquam fuisset acceptaturus, ne priorem dimitteret.

Monasterium autem quoddam, similiter per obitum domini episcopi defuncti vacans, extra consistorium commendavit cardinali urbinati (1).

Facta est optio quaedam titulorum a quibusdam cardinalibus propter obitum cardinalis de Padua (2), qui erat titularis s. Marci, quem titulum optavit card. Cornelius (3), et sic caeteri alios.

Postulatum est pallium pro archiepiscopo bisuntino (4), praesente etc. et concessum, ac mandatum exhiberi card. Carafae primo Diaconorum, si bene memini.

Die 17 eiusdem.

1570
17, 26 iunii

Fuit consistorium publicum pro cardinalis Theanensis adventu in curiam, et die 26 eiusdem fuit etiam consistorium in quo Sanctissimus D. N. clausit os praedicto cardinali, et cardinalis Columna proposuit ecclesiam acernensem dominii temporalis et suffraganeam salernitanae pro Lelio Iordano de Zagarolo, et est expedita, supra qua prius fuerat supersessum (b).

[10] Die 3 iulii 1570.

1570
3 iulii

Fuit consistorium et quia paucissimis ante diebus obierat cardinalis Pisarum (5) vacabat ecclesia ostiensis; ideo illam optavit cardinalis Moronus qui erat Portuensis et antiquior.

Cardinalis Tridentinus optavit portuensem.

Card. Augustanus (6), qui erat sabinensis, praenestinam quae fuerat Tridentini.

Card. Urbinas, albanus, sabinensem.

Card. Politianus (7), prius presbyter, est effectus episcopus a Sanctissimo D. N. albanus, et is omnem caeremoniam consuetam implevit.

(a) Rusticucio — (b) supersessio.

(1) Giulio della Rovere, detto comunemente il Cardinal d' Urbino.

(2) Francesco Pisani.

(3) Luigi Cornaro.

(4) Claudio III de la Baume, arcivescovo di Besançon, fatto poi cardinale da Gregorio XIII il 12 febbraio 1578.

(5) Per il *Card. Pisarum* non si può qui intendere altri che Francesco Pisani, decano del S. Collegio e vescovo d' Ostia, morto il 29 giugno. Cf. Ciacconio-Oldoino 3, 412.

(6) Ottone Truchsess.

(7) Giovanni Ricci di Montepulciano.

Sanctissimus D. N. providit ecclesiam paduanam seu patavinam de persona domini Nicolai Ormaneti (a) cum pensionibus mille aureorum pro cardinali Amulio, mille pro cardinali Montis Alti, mille pro cardinali Theanensi, mille pro cardinali Acquaviva, praetermisso cardinali Sanctae Severinae, quod diceretur fructus ecclesiae non suppetere, et quod non valeret nisi ad octo millia, et cum certis pensionibus antiquis etc., cum tamen statim locati fuerint pro quatuordecim millia aureorum etc. omnibus cardinalibus senioribus condolentibus cardinali Sanctae Severinae.

Item Sanctissimus D. [N.] aperuit os cardinali Theanensi. Item quaedam alia in eo gesta sunt.

Card. Rambouillet (b) proposuit ecclesiam Convenarum, et fuit expedita ut in memoriali.

1570
19 iulii

Die 19 iulii 1570, feria 4.

Fuit consistorium in quo Sanctissimus D. N. proposuit ecclesiam N. seu Civitatis Novae (1) vacantem nuper per obitum bo: me: Io: Francisci cardinalis Pisarum decani, pro fratre N. episcopi N. suffraganei in ecclesia patavina, et omnibus annuentibus illam de persona praedicti N. fratris episcopi providit, transferens etc. et supprimens pensionem ei debitam super ecclesia patavina.

Card. Pachecus (c) fecit introduci advocatum et procuratorem pro electo archiepiscopo s. Dominici, et postulatum fuit concessum.

Card. de Corrigio (2) postulavit pallium pro se ipso, et fuit ei concessum ratione ecclesiae tarentinae.

Card. Alciatus praeconizavit ecclesiam daventriensem (d) in Flandria.

Card. Rambouilliettus (e) proposuit ecclesiam Montis Pessulani in Provincia, et fuit expedita cum gratia. Item proposuit monasterium de Bella Pertica, et fuit expeditum etc.

Card. Theanensis praenunciavit ecclesiam faesulanam (f) pro nepote episcopi etc. et dimissus est senatus.

1570
11 augusti

[10v] Die XI augusti, feria VI, 1570.

Fuit consistorium in quo Sanctissimus D. N. deploravit praesentium temporum calamitates et ecclesiae necessitates, et ad Dei iram sedandam commemoravit studium a se adhibitum in recurrendo ad Deum,

(a) Ormanetti — (b) Rambugliett. — (c) Pacechus — (d) Davendriensem — (e) Rambulliettus — (f) fesulanam.

(1) Cittanova, in latino *Aemonensis ecclesia*, unita alla sede episcopale di Trieste il 1828. Anche il Corsin. porta l'*N* in luogo di *aemonensem*; ed è uno dei tanti indizii che attestano la sua derivazione dal Concistoriale.

(2) Girolamo Austriaco da Correggio, arciv. di Taranto.

et ad alia remedia; unde adhortatus est cardinales ut admoneant eorum familiares de poenitentia, confessione et communione in festo assumptionis Dominae Nostrae; item de litaniis, processionibus et precibus ad Dominum quotidie fundendis in omnibus eorum ecclesiis, et ut ita scribant et mandent eorum vicariis et officialibus; et in domibus quotidie in Missarum celebratione faciendis contra Turcas et pro nostra classe; ita enim et ipse Romae ordinavit.

Item de studio temporali hactenus adhibito et adhibendo pro supplenda tam magna impensa in susceptione huiusmodi belli contra infideles et mittenda classe et restituendis bannitis ex certis causis, cum aliqua compositione eroganda per eos in subsidium huius sacri belli. Unde in huiusmodi causis excusavit propterea se non posse facere gratiam, et quod nec cardinales illam petere debent.

Quod si quis habet modum, vel excogitavit remedium aliquod ut huic tantae necessitati subveniatur, sibi suggerat etc. Deinde ad propositiones.

Card. Augustanus praenunciavit r. p. Wolfangum (a) Tioll in episcopum pamphyliensem (b) in partibus infidelium pro suffraganeo ecclesiae cistatensis (?) seu illius episcopi; (hunc ego cum meis collegis examinatoribus promovendorum super doctrina probaveram).

Card. Lomellinus praeconizavit r. p. Franciscum Centurionem ad ecclesiam marianensem in Corsica.

Card. Alciatus proposuit ecclesiam daventriensem (c).

Card. de Caesis (d) praeconizavit provisionem ecclesiae massanensis in Tuscia in persona r. p. N. [Antonium de Angelis] (1).

Card. Rambouillet (e) praeconizavit monasterium vacans per incapacitatem r. p. .... (2).

Card. Theanensis proposuit ecclesiam faesulanam (f), et non sine contradictione, praesertim card. Ursini, fuit expedita (3).

Card. Carafa ad meam instantiam praeconizavit provisionem ecclesiae ravellensis de persona r. p. Pauli Fusci ravellensis etc.

Die 23 eiusdem, feria 4.

1570
23 augusti

Fuit consistorium in quo fuerunt expeditae ecclesiae philadelphiensis et massanensis, ut in eorum memorialibus etc.

(a) Vuolfangum — (b) Pamphiliensem — (c) Davendriensem — (d) Coesis — (e) Rambulliet — (f) fesulanam.

(1) Ughelli, 3, 728, n. 53. Egli lo fa preconizzato il 2 invece dell' 11 agosto 1570, come qui apprendiamo dal *Diario*.

(2) Così nel testo. Gli *Acta* ufficiali (allo stesso giorno) non ricordano questa preconizzazione.

(3) « Providit ecclesiae faesulanae vacanti per unionem r. p. Angeli, quae admissa fuit, de persona Francisci Adiacetis canonici florentini ecc. ». Nei citati *Acta* ufficiali.

Card. Pachecus (a) praeconizavit ecclesiam *del* Cuzco (b) et aliam insulae s. Ioannis etc.

Card. Ursinus, procuratorio nomine, dimisit ecclesiam bovensem ex causis notis Sanctitati Suae, et resignatio fuit admissa.

1570
4 septem.

[11] Die 4 septembris, feria 2, 1570.

Fuit consistorium in quo fuerunt expeditae infrascriptae ecclesiae, videlicet:

Ecclesia alladensis (c) in Hybernia pro fratre Donato Ogaltiur, et gratis etc.

Ecclesia Cuzchi (d) pro doctore Sebastiano [de Lartaun].

Ecclesia s. Ioannis de Porturicco pro fratre Manuele de Mercado, in Indiis.

1570
20 octobr.

Die 20 octobris, feria 6, 1570.

Fuit consistorium in quo fuit expedita ecclesia almirensis per cardinalem Augustanum relata, et fuit praeconizata per eundem ecclesia [ratisbonensis] (1) pro suffraganeo.

Praeconizatae per cardinalem Pachecum (e) in Indiis ecclesiae N. N. N. (2).

Expedita ecclesia lancianensis per cardinalem Ursinum. Praeconizata per cardinalem Alciatum ecclesia harlemensis in Belgica, quae fuit expedita die XI decembris 1570.

Praeconizata ecclesiae ortonensis (f) erectio, et provisio per cardinalem Maffaeum.

1570
8 novemb.

Die 8 novembris, feria 4, 1570.

Fuit consistorium in quo Sanctissimus D. N. proposuit ecclesiam vasionensem in avenionensi provincia, vacantem mensibus praeteritis per obitum [bo. me. Iacobi Cortesii] patriarchae Alexandrini (3), pro episcopo dublanensi exule cum familia a regno Scotiae, nunc vicario sanctae Mariae Maioris, et suffraganeo urbis vicarii; et providit gratis (4).

(a) Pacechus — (b) Cusco (c) — Aladensis — (d) Cuschi — (e) Pacechum — (f) Orthonensis.

(1) Ho colmato la lacuna, che qui aveva il *Diario*, ricorrendo agli *Acta* ufficiali.

(2) Di queste preconizzazioni, lasciate in bianco dal Santori, tacciono affatto gli *Acta*.

(3) Nel ms. fu lasciato uno spazio vacuo per riempirlo col nome e cognome del defunto, Giacomo Cortes. Cf. *Gallia christ.* 1, 935.

(4) Il prelato eletto alla sede, ora soppressa, di Vaison ebbe nome Guglielmo Geyssolm. Cf. *Gallia christ.* l. c. dove nondimeno si desidera l'anno, il mese e giorno della sua elezione.

Item patriarchatum praedictum pro Alexandro Riario auditore Camerae, et providit.

Item ecclesiam litterensem, per obitum quondam Philippi [Fasii Capponii] (1) mensibus praeteritis, pro fratre fratrum minorum de observantia, ministro provinciae Marchiae, qui sibi alias in commissione data a cardinali s. Officii contra Victorem [Soranzum] (2), episcopum bergomatensem, opem et auxilium et equitaturam praestitit in aufugiendo periculum, et providit gratis.

Card. Augustanus proposuit ecclesiam symboliensem pro Christiano etc. in suffraganeum episcopi passaviensis, et providit; et d. Aldobrandinus improbavit hunc abusum.

Item card. Augustanus praeconizavit pro sequenti consistorio monasterium trevirensis dioecesis.

Card. Pachecus (a) proposuit ecclesiam Sanctoe Fiei metropolis et de Tucuman (b), pro quibusdam fratribus minoribus de Observantia, et providit etc. (3).

[11v] Card. Boba praeconizavit ecclesiam amalphitanam pro Carolo Montelio.

Card. Maffaeus optime proposuit erectionem ecclesiae ortonensis (c) et praefectionem d. Io: Dominici Rebibae. [Sanctitas Sua] erexit [eam] in civitatem et cathedralem et praefecit gratis pronepotem (d) cardinalis, omnibus collaudantibus, praesertim Comensi (4); sed Sirletus de corpore s. Thomae apostoli ibi existente ex Usuardo et aliis [disseruit]; ego et Carafa de eisdem reliquiis Apostoli etc.

Die 20 novembris, feria 2, 1570.

1570
20 novem.

Fuit consistorium secretum in quo, Sanctissimo proponente, si quis vellet optare, fuit facta optio a cardinali Crivello de S. Maria de Aracaeli, dimisso S. Ioanne ante Portam Latinam.

Sanctissimus D. N. providit ecclesiae polygnanensi (e), de cuius vacatione sibi a Capitulo illius ecclesiae significatum est (quod a nullo alio factum est) de persona r. p. fratris Angeli de Lugo Ordinis praedicatorum, provinciae Lombardiae, inquisitoris Faventiae.

(a) Pacechus — (b) Tucman — (c) orthonensis — (d) pro nepote — (e) Polignanensi.

(1) Filippo Fasi Capponi vescovo di Lettere; a lui successe nella stessa sede Aurelio Griani d'Urcisoni minore osservante. Cf. Ughelli, 7, 275-276, nn. 29-30.

(2) Vittore Soranzo vescovo fu accusato di eresia e sospeso da Giulio III nel 1552. Vedi l'Ughelli 4, 494-496 n. 62. Michele Ghislieri, divenuto poi Pio V, era allora inquisitore in Lombardia.

(3) Per Santa Fè di Bogota fu nominato fra Ludovico Zapata di Cardenas; per Cordova (Tucuman) fra Girolamo di Villa Carillo. Qui abbiamo la data del mese e giorno dell'elezione di quest'ultimo, mancante nel Gams, 145.

(4) Tolomeo Galli.

Card. Moronus praeconizavit ecclesiam ...... (1).

Card. Augustanus proposuit monasterium s. Maximini trevirensis (a); de gratia fuit remissum ad fabas, et non fuerunt habitae.

Card. Ferrariensis praeconizavit ecclesiam antissiodorensem (b) vacautem per obitum Cardinalis de la Bourdaisière (c) et monasterium (2).

Card. de Boba proposuit ecclesiam amalphitanam.

Card. Ursinus fecit peti ab Antonio Vellio (d) advocato (3) pallium pro archiepiscopo lancianense (4).

1570
11 decem.

Die XI decembris, feria 2, 1570.

Fuit consistorium in quo Sanctissimus D. N. proposuit ecclesiam antissiodorensem (e) pro eleemosynario (f) Regis Christianissimi, et illam de eo providit cum reservatione pensionis aureorum 400 pro Seraphino Rotae auditore; gratiam remisit ad Collegium per fabas.

Card. Farnesius praeconizavit panormitanam pro Lomellino, episcopo mazzariensi (5).

Card. Pachecus (g) fecit introduci advocatum Ferrum et abbatem Zimenes procuratorem pro pallio archiepiscopi s. Fidei in Indiis, et fuit concessum.

Card. Ferrariensis proposuit ecclesiam condomiensem (h), ubi egit de gratia, de qua per fabas.

Idem proposuit monasterium s. Polycarpi (i) narbonensis, ubi fuit concertatum an in titulum vel commendam, et de incompatibilitate cum archidiaconatu.

Card. Alciatus proposuit ecclesiam harlemensem etc.

1571
10 ianuar.

[12] Die X ianuarii, feria 4, 1571.

Fuit consistorium in quo Sanctissimus clausit os cardinali Iustiniano et card. Moronus proposuit ecclesiam laonensem et fuit expedita.

Item idem denunciavit ecclesiam transsylvaniensem (k) in Hungaria (l).

Card. Farnesius proposuit ecclesiam panormitanam.

(a) Maximi treverensis; *dove gli* ACTA *hanno la vera lezione* « Maximini » — (b) Altisiodoriensem — (c) Bundesiera — (d) Velio — (e) Altisiodoriensem — (f) elemosinario — (g) Pacechus — (h) Candoviensem — (i) Policarpi — (k) Transilvaniensem — (l) Ungaria.

(1) Di questa preconizzazione non hanno traccia gli *Acta*, onde mi fu impossibile d' integrare il testo lacunoso.

(2) Filiberto Babou de la Bourdaisière era morto in Roma il 26 gennaio 1570. Cf. Ciacconio, 3,1066.

(3) Sopra Antonio Velli che qui la prima volta ricorre, cf. Pometti, *Dello Studio di Roma* nel volume *Scritti vari di Filologia*, Roma, Forzani 1901, p. 79, nota (9).

(4) Antonio da s. Michele O. S. Fr. Cf. Ughelli 6,791, n. 3.

(5) Giacomo Lomellino del Campo. Cf. Pirri, *Sicilia sacra*, 3 ediz. 2,855, n. XXXVIII.

Card. Ferrariensis proposuit monasterium Scalae Dei Cisterciensis Ordinis.

Card. Ursinus praeconizavit erectionem Ripae Transumptae in civitatem.

Card. Boba fecit introduci archiepiscopum amalphitanum (1) et advocatum et peti pro eo pallium, et fuit concessum.

Domino Papa egresso, fuerunt confirmati officiales Collegii; Bandinus, depositarius, clericus, et computista, italus, et electus per fabas; clericus gallus, Ioannes Bacchodi, habuit 17 fabas albas; Vasquez habuit paucas; Oliverius habuit 20 albas, et hic fuit electus maiori numero suffragiorum studio cardinalis Alexandrini. Fuit tractatum de committendo negotio restitutionis annatae heredibus archiepiscopi tarraconensis praedefuncti, quod in anno duae annatae fuerint solutae ab illo, et a successore, qui est cardinalis Cervantes.

Maffaeus, Cervantes, et Sancta Severina dixerunt: " Nihil ad nos, quia ad eos qui participarunt pertinet ".

Caesius et caeteri nostrae promotionis (2): " Quod placet commissariis (?) (3) citra praeiudicium restitutionis, ad quam non tenemur, quia non participavimus ".

Die 26 eiusdem, feria VI.

1571
26 ianuar.

Fuit consistorium secretum (absque audientia de more ab Adventu hucusque) in quo fuit apertum os cardinali Iustiniano et datus annulus pro titulo, receptis suffragiis, in quibus Moronus innuit de antiquo more mittendi foras illos cardinales de quibus agitur. Sed Sanctissimus dixit contrarium usitari, et a Sanctitate Sua praehabita est admonitio luculenta ad ipsum cardinalem.

Item hac occasione Sanctissimus proposuit decidere velle quaestionem, an cardinalis, cui non esset apertum os, haberet votum in electione Romani Pontificis, quam solent aliqui doctores disputare, vel tractare, et quod sic.

Cardinales autem Perusiae (4), Alciatus, Sanctae Severinae et quamplures dixerunt hoc non esse intelligendum de cardinale cui non esset clausum os. Nam iste proculdubio posset; sed de eo, cui post occlusionem oris, illud sibi apertum non esset; nam in cerimoniali dicitur quod is, cui clauditur os, si non ei aperiatur os, non posset habere vocem in electione Papae.

Card. de Gambara plura exempla et controversias desuper retulit.

(1) Carlo Montili, nominato il 20 novembre dell' anno innanzi.

(2) Intendi che furono dello avviso gli altri cardinali eletti da Pio V il 17 maggio 1570.

(3) Il testo ha « Comm ».

(4) Fulvio della Cornia.

[12v] Card. Maffaeus et Albanus tenuerunt quod sint merae caeremoniae, et quod per has non impeditur dare vocem et Albanus insuper dixit quod, statim pronunciatus, cardinalis habet vocem.

Id autem Papa moderatus est usque ad acceptationem et consensum pronunciati, vel electi cardinalis, et omnes usque ad susceptum biretum; nam tunc acceptat per illius susceptionem.

Igitur Sanctissimus fecit decretum consistoriale quod scripsit, pro Vice-Cancellario, Ursinus, et mandavit annotari a caeremoniarum magistro etiam, quod cardinales creati, etiam quibus os esset clausum, habeant vocem et suffragium in electione Romani Pontificis, et omnibus placuit, et ab omnibus est laudatum etc.

Card. Moronus proposuit ecclesiam tininiensem (a) in Hungaria occupatam a Turcis, et fuit expedita; gratia facta tacite ab omnibus etc.

1571
7 februar.

Die VII februarii, feria 4, 1571.

Fuit consistorium, in quo Sanctissimus D. N. magnum, pium, et luculentum exordium habuit de cura adhibita a sui pontificatus initio pro reformatione vitae et morum, praesertim religiosorum et monialium, ad placandam Dei iram propter gravia facinora, quae ab eis committebantur etc. et deinde de studio adhibito pro reformatione vitae dissolutae congregationis Humiliatorum, et de eorum excessibus, incorregibilitate et mala vita etc. usque ad atrocissimum facinus tractatus perimendi cardinalem Borromeum etc. ex tractu schlopetae, iuxta prooemium (b) bullae desuper expeditae. Et sic de illorum suppressione et extinctione; bonum tamen virum dixit esse Generalem.

Fuit petitum ut cardinalis.... (1) videret. Moronus etiam testatus est de eorum vita et moribus corruptis etc. sed commendavit Generalem et abbatem s. Abundii, uti bonum etc. Farnesius pertransiit. Card. Perusinus, quod sibi videbatur, ut omnia haec essent deducta in processum, ut credit factum fuisse, ut iusta de causa haec suppressio censeatur.

Card. s. Georgii (c) commendavit abbatem s. Abundii cremonensis, ut Moronus etc. quod vir esset bonus. Sanctissimus dixit neminem reperisse bonum, nisi Generalem.

Card. Sabellus de processu praesupposito, cui se remittit, et Sanctitati Suae; fuit cum s. Georgio (d) etc. (2).

Cardinales plures in eam sententiam iverunt, ut causae cognitionem plene adhibitam voluissent; sed fuit dictum fuisse adhibitam etc.

(a) Tinniensem — (b) proemium — (c) Giorgii — (d) Giorgio.

(1) Anche il Corsin. lascia in bianco il nome del cardinale che si desiderava fosse quasi come relatore nel negozio della soppressione degli Umiliati.

(2) Marco Sitico Altemps cardinale del titolo di s. Giorgio.

Card. Commendonus probavit; sed quod bona illorum monasteriorum publico comodo deservirent, vel in illud convertirentur.

Card. Boncompagnus nihil.

[**13**] Card. Sirletus probavit extinctionem propter eorum incorrigibilitatem, ex litteris diversorum pontificum, Innocentii III, et aliorum, quibus illorum reformatio fuit frustra procurata.

Card. Alexandrinus probavit, quia Ecclesiae Dei potius comperti sunt obesse, quam prodesse.

Card. Alciatus, quod bene Sanctitati Suae videbatur, ideo non poterat nisi probare; erat autem viceprotector pro Borromeo.

Card. .... probavit propter incorrigibilitatem eorum, et offensam personae cardinalis etc.

Card. Claraevallensis si possent emendari, ut provideretur; sin autem secus, placebat.

Maffaeus probavit; et Sanctae Severinae cum (a) pluribus aliis, nihil.

Card. de Grassis probavit.

Card. Aldobrandinus dubie respondit, et tendebat, si in processu deducta erant, et si tota congregatio peccavit etc.

Card. Albanus disputavit iuriste, an posset tota congregatio puniri; et conclusit quod sic, propter delictum singularum personarum, in crimine haeresis (b), laesae maiestatis et offensae cardinalis, c. *foelicis de poen. in 6°.*

Deinde Sanctissimus fecit introduci Caesarem Glorierium secretarium, qui legit bullam super huiusmodi suppressione etc. (1).

Deinde Sanctissimus D. N. adhortatus est cardinales ad transmittendos curatos, et familiares, obtinentes beneficia requirentia residentiam, dimittendos ad residentiam.

Per hoc non derogans iuri permittenti episcopum posse habere in suis obsequiis duos canonicos. Item ad curam honestatis et probitatis familiae, et quod ipsi pro familiaribus suis tenentur, et quod qui sunt presbyteri, seu in presbyteratus ordine cardinales, debeant saepe celebrare Missam, et frequentare divina mysteria, et pro defunctis, et vivis, et pro Ecclesiae calamitatibus offerre, tum propter eorum debitum, tum quia officium sacerdotale est maius cardinalatus honore seu officio, et se ab hoc substrahentes non solum seipsos, sed universam Ecclesiam et animas fidelium defunctorum suffragiis fraudant.

Et insuper ut abstineant a convivationibus et epulationibus, sed vivant sobrie, etiam si fiat ex charitate, propter malum exemplum, quod inde accipiunt laici etc. Et quod faciant incedere in habitu et tonsura suos familiares clericos et beneficiatos, cum reperiantur militari habitu

(a) in — (b) heresis

(1) Cf. Laderchi, *Annales,* ad an. 1571, nn. VII-VIII, p. 364. Egli attinge a questo luogo del *Diario,* e ne riporta qualche brevissimo passo.

incedere seu laicali; et in habitu honesto, et non pomposo, omnes familiares, etiam laicos etc.

Quod instant tempora dissolutionis, unde cardinales ipsi debeant incedere in habitu decenti iuxta dignitatem, et non in pileo, et sine vestibus cardinalitiis in omnibus pannis elevatis et detectis, tanquam non cognoscantur esse cardinales, et multa in idem [**13**[v]] et quod omisit, ut deinde retulit, ne haberent aperta foramina in caelo, seu testudine currus et bigarum, ad aspiciendum supra fenestras.

Quod solvant pro cocchiis, seu bigis, et curribus magistris viarum tres iulios in mense pro singulis, et qui plures habent, solvant pro quot habent tres iulios in mense pro quolibet; et quod, si non solvant, fiet executio sine respectu etc.

1571
5 martii

Die V martii, feria 2. post primam dominicam quadragesimae 1571.

Fuit consistorium secretum et paulo ante domini cardinales Granvela et Pachecus (a), et dominus Ioannes orator Regis Catholici (1) adiverunt Sanctissimum pro conclusione foederis contra Turcas, quae dicebatur haberi.

Sanctissimus vocavit cardinales Varmiensem, Columnam, Sirletum, qui erat absens, Theanensem, Montaltum et Iustinianum, quibus commisit centuriarum et librorum confessionis Augustanae revisionem, seu censuram, et Indicis librorum revisionem, seu confectionem (2). (Non potui bene percipere).

Card. Moronus proposuit pallium pro archiepiscopo Strigoniense (3), postulante Antonio Vellio (b) advocato, et procuratore proprio: fuit concessum.

Card. Pachecus (c) proposuit ecclesiam Almeriensem, et fuit expedita, prout in ea.

Idem praeconizavit aliam ecclesiam in Hispania.

Card. Amulius praeconizavit ecclesiam bovensem.

Card. Ursinus praeconizavit ecclesias in Gallia duas, seu tres, et duo seu tria monasteria pro cardinali Ferrariensi, protectore, infirmo.

(a) Pacechus — (b) Vello — (c) Pacechus.

(1) Don Giovanni de Zuñiga ambasciadore di Spagna a Roma.

(2) Grande è l'importanza di questo passo, come quello che fissa la data esatta dell'origine delle Congregazione dell'Indice. L'erudito p. Giuseppe Hilgers riuscì recentemente ad accertare che essa ebbe principio nel marzo 1571 (Cf. *Civiltà Cattolica*, XVIII, 8, 31). Qui apprendiamo dal testimonio autorevolissimo del Santori il giorno in che fu istituita dal santo Pontefice e i nomi dei primi sei cardinali di che la volle composta. Fra essi non vi troviamo il cardinale di Chiaravalle, Girolamo Souchier, nel cui palazzo il 27 marzo 1571 si tenne la prima tornata della nuova Congregazione, secondo l'autorevole documento edito dall'Hilgers al luogo citato.

(3) Antonio Verantio di Schybenik.

Deinde Sanctissimus narravit, quod propter turbulentias bellorum et horum temporum oportebat coadunare aliquas pecunias, et perquirere pro defensione etc. et quod cum populi sint nimium gravati, et exhausti, pariter etiam religiones maxime gravatae sunt, fuit sibi propositum de augendo numero Clericorum Camerae, qui sunt septem, ad quem numerum alias cum essent plures, fuerunt reducti, ut restituerentur ad numerum duodecim, extincto quodam Monte militum, qui extingui potest ex bulla eorum institutionis, restituto eis praetio, et assignando Clericis adaugendis redditus, qui assignabantur dictis militibus, deducto pretio restituendo ex dicto Monte, quod cum sine damno populorum fieri posse videatur, cogitavit facere, si tamen placeret nobis.

Card. Moronus necessitatem perquirendarum pecuniarum et populorum gravamina retulit, et hunc modum laudavit; commendavit autem milites quoad eorum privilegia, cum emerint sub fide publica.

[**14**] Card. Augustanus idem.

Card. Perusinus (1) de necessitate probavit, sed non hunc modum; praesertim cum Clerici Camerae habeant spem et ambitionem ut promoveantur ad cardinalatum, videtur vendi illa eorum spes, et foveri eorum ambitio etc. et plura in idem, Sanctissimo respondente, replicavit.

Card. Sabellus de necessitate probavit; de modo se remisit Sanctitati Suae, ut plures alii, sic etiam card. Correggius.

Caeteri, et praesertim card. Amulius probavit omnia, praesertim modum inveniendi pecunias a volentibus.

Card. Boncompagnus pertransiit; sed quod militibus servarentur eorum privilegia, praesertim in his in quibus agunt de damno vitando; sic etiam Ursinus et sequentes et Lomellinus, et caeteri.

Card. Caesius (2) probavit et causam et modum, et ardenter hunc modum extulit, ex eo, quod prius erant XV vel XII et Eugenius IV propter defectum reddituum reduxit ad septem, et utinam invenirentur XII alii, qui vellent esse Clerici Camerae; cum alius modus non habeatur, ex eo quod populi sunt gravati, ut dixerunt alii; et de militibus extinguendis, quod est iuxta eorum bullam institutionis, ut, quandocumque eis restituatur pretium, supprimi possint; unde eis nihil tollitur, et quod privilegia sunt ex gratia Sanctitatis Suae; nam in ea nihil de hoc, et potest Sanctissimus extinguere sine conservatione privilegiorum.

Card. de Grassis probavit modum, sed quod serventur privilegia in his, in quibus agitur de damno vitando; sic alii.

Card. Placentinus (3) deputatus probavit, dummodo per eorum, qui adaugentur, mortem, eorum officia supprimantur, et ut remaneant sep-

(1) In margine, altra mano notò: « unus ex deputatis ».
(2) In margine la stessa mano che innanzi: « alius ex deputatis ».
(3) Paolo Burali, detto anche spesso il Cardinal di Arezzo. La stessa mano, che fece le due precedenti postille, notò in margine: « deputatus ».

tem, et videbatur tendere ad idem, quod cardinalis Perusinus dixerat; et, respondente Sanctissimo, idem replicavit, et Sanctissimo dixit, quod non omnes Clerici Camerae ad cardinalatum promoventur.

Card. Rusticuccius (a) probat (1).

Card. Albanus dixit (2), quia necessitas non habet legem, ideo probat omnia; et Medices et Acquaviva transierunt. Sanctissimus D. N. dixit quod mittetur bulla subscribenda.

Deinde Sanctissimus referens quanta perditio sequatur ex malis episcopis, et quantum importet bona electio, et quam gravis sit, improbavit abusum in provisionibus ecclesiarum cum fiunt processus in curia, ut cardinales proponentes committant processus suis auditoribus et secretariis, vel notariis, et recipiantur [**14v**] testes quicumque, qui a sollicitatoribus et partibus adducuntur, absque examinis diligentia, sed in his tantum, in quibus possunt deponere de meritis promovendorum, absque inquisitione vitae et morum et criminum, vel defectuum, et impedimentorum ad promotionem; nam hoc modo fit contra oecumenicum Tridentinum Concilium, quod aliter mandavit. Unde Sanctitas Sua mandavit, ut cardinales proponentes per seipsos testes recipiant, et non passim omnes; sed eos, qui sunt de vita, moribus et conversatione promovendorum informati, et qui scire sciunt et possunt, et boni testimonii, et non omnes, vel eos, qui a partibus producuntur, sed per inquisitionem, ut a vicinis, amicis, notis et concivibus et similibus, interrogando praesertim super tali et tali defectu, vel impedimento, an illo careant, vel eo laborent, et de causa verae scientiae perquirendo, et examinando super singulis qualitatibus requisitis, et defectibus impedientibus, et ut agant fiscales procuratores; fiscales, inquit, Christi; cum propter malos pastores exitium ecclesiarum contingat; et hoc pro ipsorum conscientiarum oneratione et exoneratione Sanctitas Sua dixisse protestatus est etc.

1571
19 martii

Die 19 martii, feria 2, 1571.

Fuit consistorium et ante eum valde mane fuerunt oratores veneti cum Sanctissimo per congruum temporis spatium ad referendum responsum Reipublicae et Senatus Veneti, acceptum per tabellarium sabbato praecedenti, 17 huius vespere.

Sanctissimus postquam pervenit in cameram consistorii retulit, quod propter temporum calamitates et praesentes necessitates cogimur gravare Religiones etc. et in hunc sensum prosecutus est, et quod ex hac impositione nihil religiosis pro eorum sustentatione auferebatur, sed

(a) Rusticutius.

(1) In margine, dalla stessa mano: « deputatus ».
(2) Ibidem: « ex deputatis ».

quod erogare potuissent pro eleemosynis (a) pauperum. Unde summam bullae desuper faciendae pronunciavit, et impositionem $\frac{\text{M}}{\text{cccc}}$ aureorum exigendam infra sex menses a Canonicis Regularibus, Monachis Casinatibus, Montis Oliveti, Canonicis S. Salvatoris, S. Georgii (b) in Alga, a Vallis Umbrosae, S. Hieronymi et aliis. Et cum facultate locandi etiam ad longum tempus, et concedendi etiam in emphiteusim, et alienandi, et vendendi etc.

Deinde card. Farnesius praeconizavit suffraganeum pro ecclesia Wilnensi (c); et Sanctissimus interrogavit, si consueverat habere suffraganeum, et respondit quod sic iamdiu et nunc habebat.

Card. Amulius proposuit ecclesiam bovensem, et administrationem eius committendam fratri Iulio Nicosiensi Cyprio Ordinis Praedicatorum, episcopo megarensi constituto, iam decimus agitur annus, et praefectus curae Armenorum Cypri degentium.

[**15**] Sanctissimus doluit et arguit quod ipse, et alii quidam episcopi Cypri, propriam deseruissent ecclesiam tempore belli, cum maior urgeret hostilis necessitas, propter quam debebant etiam, quod abfuissent, eo redire.

.... (1) transivit, et card. de Gambara volebat, ut transferretur. Sanctissimus noluit, sed administrationem commisit illius ecclesiae, donec posset ecclesiae megarensis pacifice curam suscipere, vel, Cypro recuperata, ad curam ei prius commissam Armenorum redire.

Commisit etiam Sanctissimus D. N. card. Amulio, ut eum admoneret circa graecos, ne faceret ordinari, nisi in eorum ritu et lingua, non autem latine et graece, nec in utraque lingua eos permictat celebrare, sed graece, ritu graeco; latine ordinatos, latino: qui vero et graeco et latino ritu celebrarunt perpetuo suspendantur etc.

Card. Ursinus proposuit ecclesiam rhegiensem (d) quia de provisione mimatensi fuit suspensum, eo quod diceret, nominatum (e) a Rege fuisse haereticum et in ferendis suffragiis fuit dubitatum de aetate 27 annorum, quae est iuxta concordata, sed dubitabatur an haberet locum in Provincia.

Unde praedictus card. de Gambara erat cum domino relatore; sed quod dispensaretur, eo quod esset in patria obedientia (f) et in Provincia ubi non vigebant concordata, vel quod in eis non comprehenditur.

Sanctissimus D. N. interrogavit Decanum (2), et seniores si rex Franciae habuerit indultum, et si est personale, vel perpetuum. Fuit responsum quod est personale, et quod rex habuit tempore Pii IV. Et replicante Sanctissimo, quod rex alias a se postulavit, tempore quo epi-

(a) elemosinis — (b) Giorgii — (c) Vilnensi — (d) regensem — (e) nominatus — (f) obedientiae.

(1) Manca il soggetto. Negli *Acta* ufficiali si tace interamente del discorso del Papa e dei pareri dei cardinali; onde che non mi fu possibile colmare la lacuna.

(2) Giovanni Morone, creato cardinale da Paolo III il 31 maggio 1542, dopo la morte del card. Francesco Pisani (29 giugno 1570) divenne decano del S. Collegio.

scopus cevetensis (1) eius erat nuntius, fuit responsum a cardinale Sanctae Crucis, et cardinale Rambullietto, regem praesentem habuisse indultum a Pio IV sanctae memoriae, sed quod tenebatur propria manu in fide regia scribere litteras, seu cedulam, qua attestaretur se nullum habere ius, sed ex mera sanctae Sedis Apostolicae gratia agnoscere indultum super ecclesiis Provinciae et Britanniae, in quibus reges Franciae antiquitus non habebant aliquam nominationem; et quia nondum scripsit rex, Papa non concessit nominationem ad beneficia inferiora, et quod rex a Sanctitate Sua petebat indultum super beneficiis inferioribus, quia super ecclesiis cathedralibus utriusque provinciae obtinuerat.

Card. Boncompagnus dixit concordata et indultum regis non extendi ad istas provincias et ideo indigere dispensatione. Deinde dixit, quod indultum ad ecclesias Provinciae erit extensivum concordatorum, et sic rex poterit [**15**^{v}] eo uti iuxta concordata; et sic negocium est interruptum, et Sanctissimus iussit cardinali Ursino ut videret indultum regis, si habet etiam super ecclesiis Provinciae, et Britanniae, et cuius est tenoris, an iuxta concordata, et sic interim suspenderet propositionem usque ad primum consistorium.

Deinde proposuit monasterium de Caleto, quod transivit etc.

1571
2 aprilis

Die 2 aprilis, feria 2, 1571.

Fuit consistorium cum audientia cardinalium et, eo clauso, Sanctissimus D. N. dixit vacasse ecclesiam cameracensem quae, in erectione ecclesiarum illarum in Gallia Belgica in cathedrales, fuit erecta in metropolitanam per felicis recordationis Paulum IV et exempta ab omni subiectione etc. et sub immediata Sedis Apostolicae protectione recepta, et illius provisio reservata Sedi Apostolicae cum declaratione quod Capitulo nullum ius competeret etc. et quod alias vacans fuerat provisa de persona electi per Capitulum; sed annullata electione. Unde, cum mensibus praeteritis vacaverit, Capitulum fecit quamdam postulationem de persona Ludovici Beerlemond, et quia Sanctitas Sua voluit informari de fide, religione, moribus, vita et doctrina dicti Ludovici a multis et fide dignis personis, et sibi placuit persona, et ideo illum intendit praeficere dictae ecclesiae, reiecta postulatione, nolens perire iura huius Sanctae Sedis etc.

Nonnulli cardinales hallucinabantur volentes reservari ius Capitulo etiam quoad provisionem praesentem ecclesiae ipsius. Cum id fieri non posset, ex eo quod actus legitimi non recipiunt diem, neque conditionem, iuxta iuris regulam, (2) quodque episcopus semel ecclesiae datus ab ea sine causa non sit separandus propter coniugium spirituale, quod invicem contrahunt, et quod in eventu contrariae sententiae ille non de-

(1) Michele della Torre.
(2) Cf. Papinian. fr. 77 *Dig.* 50, 17.

bet esse sine ecclesia. Unde ius reservandum erat super petitorio iuris eligendi in alium eventum, si tamen reservandum erat etc.

Sciendum est pluribus diebus esse controversum super iure Capituli cameracensis eligendi, illud promovente, nomine Caesaris et Romani Imperatoris, oratore caesareo, et quod Camera eius Archiepiscopatus est princeps Imperii et sic comprehenditur, secundum ipsos, sub compactatis Germaniae. Unde Capitulo competit electio; tanto magis quia Capitulum in erectione eius in metropolitanam et [**16**] reservatione provisionis Sedi Apostolicae non consenserat. Unde Sanctissimus D. N., instante Imperatore, commisit extraiudicialem cognitionem cardinali ab Ecclesia (1), qui audivit oratorem et eius agentes et cardinalem protectorem Germaniae Augustanum, et alios faventes negocio, ut Commendonum et plures; et demum, quia reperiebatur Sedes Apostolica in possessione providendi dictam ecclesiam, fuerat resolutum ut Sanctitas Sua provideret; sed si Capitulum deinde aliquod ius praetendat, praesertim super petitorio intentet, et Sanctitas Sua ministrabit iustitiam; sed certe dominus cardinalis ab Ecclesia, ut credo, non viderat bullas, nec cedulas erectionis et provisionis, declarationis et decreti factarum et prolati in consistoriis per san: me: Paulum IV. Nam ex eis habetur nihil omnino iuris praetendi posse a dicto Capitulo, nec quoad possessionem, neque quoad ipsum ius eligendi etc.

Card. Augustanus, qui erat primus, dixit plurima pro praetensis iuribus Imperii circa civitatem cameracensem et illius praelatum, ut Romani Imperii principem, et de iure eligendi competente ipsi Capitulo, vigore concordatorum Germaniae; unde supplicabat Sanctissimo D. N. ut rationem haberet Capituli et Imperii, et plura alia dixit, humiliter se tamen remittendo Sanctitati Suae.

Sanctissimus autem D. N. respondit abunde, quod dicta ecclesia fuit exempta et liberata ab omni superioritate et subiectione ecclesiae rhemensis (a) prius suae metropolitanae, et alia quacumque spirituali et temporali, et erecta per Sanctam Sedem in metropolitanam, et declaratum illam spectare ad Sanctam hanc Sedem, et Capitulo nullum ius eligendi competere, sed illius provisionem reservatam Sedi Apostolicae quae alias providit etiam per resignationem cuiusdam cardinalis tempore Leonis X, de ea absque consensu Capituli, et quod per Paulum IV, proponente bo: me: cardinali Neapolitano, fuit tanquam de tali provisum, reiecta praetensa electione facta per Capitulum cum declaratione etc. Et quamvis archiepiscopus sit princeps Imperii, non tamen comprehenditur sub concordatis, cum sit in Flandria, et quia illa intelliguntur de ecclesiis in quarum provisione Capitula erant in possessione eligendi, et plura etc.

(a) Remensis.

(1) Paolo della Chiesa.

Et replicanti domino cardinali dixit potuisse etiam a suis praedecessoribus, etiam sine Capituli consensu, id fieri; quia omnis potestas ecclesiastica derivatur, et dependet ab auctoritate et potestate Sanctae Apostolicae Sedis; et praelati et Capitula ab illa habent, et non aliunde, unde et debent illius auctoritatem et potestatem agnoscere et obedire, etc.

[**16**v] Card. Farnesius dixit hactenus dubitasse de ea re, ut audiverat ab his, qui nomine Imperii agebant propter praeiudicium concordatorum et Romani Imperii; at, visis scripturis ac cedulis consistorialibus, quae penes ipsum, ut Vice-Cancellarium, in actis consistorialibus conservantur super huiusmodi erectione et provisionibus factis, nihil dubitat, quin Sanctitas Sua possit et debeat, pro iure huius Sanctae Sedis tuendo, illi providere, cum aliter facere non debeat etc.

Card. item Perusinus, nescio quid; sed videbatur probare sententiam Summi Pontificis.

Card. S. Georgii (a) laudabat provisionem Sanctissimi D. N. etc.

Card. Cornelius, seu Cornarius, idem etc.

Card. Granvelanus dixit plura, quae non intellexi.

Card. Varmiensis nescio quid submurmuravit.

Card. Pachecus (b) dixit, quod Sanctitas Sua optime faciebat, et iure suo, cum ecclesia illa per Sanctam Sedem fuerit provisa hactenus, et praesertim 40 anni aguntur, cum per eamdem, ut vacans per resignationem fuerit provisa de episcopo etc. (quod a Farnesio, et a Papa confirmatum est), et quod persona est proba et catholica et docta, et quod illustrissimus Dux Albae plura in eius commendationem scripsit, et apud nos est educatus, et doctor factus, videlicet Bononiae etc. et quod ideo probabat sententiam Sanctitatis Suae etc.

Card. Gesualdus transivit etc.

Card. de Sermoneta (1) transivit, remittendo Sanctitati Suae, si bene memini.

Card. Columna dixit, placere provisionem ecclesiae, sed quod salvum esset ius agendi Capitulo super electione, vel quid simile firmiter (c) non recolo.

Card. Comensis se remittebat Sanctitati Suae, cui videbatur deferre, et innuebat se forsan alias sensurum.

Card. de Sancta Cruce dixit aliqua sequendo sententiam Sanctitatis Suae, sed quod reservaretur ius in petitorio dicto Capitulo, et quod audiretur, et quaedam alia etc.

Card. Boba, nescio quid dixerit, nisi quod videbatur se remittere Sanctitati Suae etc.

Card. Boncompagnus laudabat electionem personae, quam cognovisset annis praeteritis Bononiae et benemorigeratam et doctam, ut dicebatur, et

(a) Giorgij — (b) Pacechus — (c) formiter.

(1) Nicolò Caetani.

maxime catholicam; sed quod, si comprehendebatur illa ecclesia sub compactatis Germaniae, videbatur esse audiendum Capitulum. Caetera quae conclusit non percepi etc.

Card. Ursinus idem, et quod salvum esset ius agendi Capitnlo etc.

[**17**] Card. Cribellus se remittebat Sanctitati Suae.

Card. Lomellinus idem de provisione, quod placeret; sed quoad ius Capituli postea cognosceretur, se remittendo Sanctissimo D. N.

Card. Sirletus probabat electionem Sanctitatis Suae, ut optimam, et quod ecclesia cameracensis semper fuit sub protectione Sedis Apostolicae, ut est videre apud Pium II in 2 lib. Comentariorum morum Germaniae etc. (1).

Card. Alexandrinus probavit electionem simpliciter Sanctitatis Suae.

Card. Claraevallensis probavit electionem; sed quia audit quod illa ecclesia sit membrum Romani Imperii se remittit Sanctitati Suae.

Card. Alciatus idem, sed quoad ius Capituli et alia quae dicuntur pro postulatione, consulebat nescio quid, se remittens etc.

Card. ab Ecclesia probavit electionem simpliciter et contendebat de nulla alia re esse faciendam mentionem, extra ordinem dicendi etc. et idem Card. Maffaeus (a).

Card. Sanctae Severinae dixit: " Placet provisio quae per Sanctitatem Vestram fit, irrita tamen et nulla declarata praetensa postulatione facta per Capitulum, et quod haec declaratio ponatur et exprimatur in litteris, prout facere consueverunt alii Sanctitatis Vestrae praedecessores plurimi, ut videre est in *Decretalibus, de Electione* (2), cum ecclesiis providerunt de eisdem personis, quae tamen nulliter vel perperam erant electae. Nec obstant praetensa compactata, seu concordata etiam quod sub eis eadem comprehendatur reservatio (b) provisionis factae per sanctae memoriae Paulum IV, quia illi erectioni et reservationi consensit, ut audivi, gloriosae memoriae Carolus Quintus imperator, qui totum imperium regebat et referebat. Placet etiam persona ": et ita annuit etiam Farnesius etc.

Card. de Caesis (c), Theanensis, Montaltus, Placentinus, Aldobrandinus, Rusticuccius (d), et Albanus idem, pertranseuntes etc., et Simoncellus, de Medicis et Acquaviva idem etc.

Et extra ordinem plures loquuti sunt, an esset annullanda, vel nulla declaranda praedicta postulatio, seu facienda declaratio, quod nullum ius competeret Capitulo, et an quoad possessionem vel petitorium, ut cardinales de Santa Cruce, Boncompagnus et alii, et cardina-

(a) Maffeus — (b) reservationi — (c) Coesis — (d) Rusticutius.

(1) Non si conosce nessun' opera di Pio II intitolata *Commentarii Germaniae*. Forse il Santori intese citare l' opuscolo composto dal Piccolomini ancor cardinale col titolo « *De ritu, situ, moribus et conditione Germaniae descriptio*. Esso però non è affatto distinto in libri.

(2) Cf. *Decret. Gregor. IX*, l. 1, tit. VI, c. 12 (?).

les ab Ecclesia, [et] Sanctae Severinae, qui contendebant (a) quod sic etc. et quod non esset reservandum aliquid in provisione Capitulo, ne vana esset electio.

Sanctitas Sua praefecit dominum Ludovicum de Berlaymont (b) dictae ecclesiae in archiepiscopum et pastorem, in forma < nullam > declarando praetensam postulationem (cuius cardinalis ab Ecclesia nolebat ullam haberi mentionem, quia Papae non fuerat praesentata nec in tempore legitimo) [**17**v] nullam, et irritam etc. nec ullo iure reservato dicto Capitulo, sed bene extra provisionem; quod si quid praetendant, intentent et audientur.

Hic rursus quaestio est exorta, et per cardinalem Farnesium fuerunt lectae illae cedulae et decreta consistorialia Pauli IV, per quae patet declaratum esse Capitulo et canonicis dictae ecclesiae nullum ius competiisse, nec competere super huiusmodi electione etc. et in temporalibus et spiritualibus dictam ecclesiam fuisse liberatam ab omni iurisdictione, potestate, et auctoritate alterius cuiusvis ecclesiae, principis, et personae etc. et sic patet dicto Capitulo nullum ius competere, nec quoad possessionem, nec quoad petitorium.

Card. Pachecus (c) praeconizavit quandam ecclesiam pro proximo consistorio.

Card. Ursinus praeconizavit aliam in Galliis si sit abfuturus reverendissimus Dominus Ferrariensis (1). Et conclusum est consistorium.

1571
18 maii

Die 18 maii, feria 6, 1571.

Fuit consistorium secretum sine audientia in quo Sanctissimus D. N. proposuit impositionem alias factam de $\frac{M}{CCCC}$ scutis aureis super bonis religionum, seu congregationum regularium et monasticarum pro subsidio contra Turcas et infideles, et cum facultate alienandi, et quod cum ipsi, scilicet cassinenses, lateranenses, carthusiani, etc. vellent exigere Montem ad tempus cum facultate redimendi, tractabant cum mercatoribus, a quibus nimium gravabantur, nam et $\frac{M}{50}$ insuper solvebant. Unde Sanctitas Sua cum consilio deputatorum cogitavit erigere Montem perpetuum redditus $\frac{M}{32}$ aureorum persolvendorum a dictis congregationibus annis singulis, interdicta eis facultate alienandi, quod possint vendi facilius propter perpetuitatem a Sanctitate Sua diversis, et sic lucrum $\frac{M}{50}$ ducatorum redundabit in lucrum Camerae Apostolicae; nam ex venditione istorum habebuntur $\frac{M}{150}$ aurei, et tamen concedit eisdem, ut < possint > alium Montem novennalem super quartis earumdem Con-

(a) contendebat — (b) Berleemont — (c) Pacechus.

(1) Non si può intendere dal puro contesto se il « reverendissimus Ferrariensis » fosse il card. Ippolito iuniore, o il card. Luigi d' Este.

gregationum, quod a Sanctitate Sua et Camera redimi potest, possint redimere; et sic iste tantum remanebit perpetuus, cuius redditus erit septem pro centum, et quinque seu sex aureis.

Rogati sunt Patres, qui collaudaverunt. Card. de Gambara etiam probavit praesertim cum vetus Mons redimi possit, et eis pro religionum beneficio interdicatur facultas vendendi.

[18] In eandem sententiam alii iverunt. Fuerunt tamen aliqui, qui desiderabant, ut et is etiam redimi possit. Quibus Sanctissimus respondit, cupere ut is quoque et caeteri omnes Montes redimi possent, nec obstare eis, si id facere possint.

Card. Sanctae Crucis (a) dixit [quaedam] quae non audivi, et eum secutus est dominus Claraevallensis; alii se simpliciter Sanctissimo Domino remiserunt, ut Placentinus etc. Aliis omnibus placuit, praesertim propter facultatem redimendi veterem Montem.

Et sic fuit conclusum, et quod bulla transmittetur per manus etc.

Card. Pachecus (b) proposuit ecclesiam tunisensem pro fratre Bartholomaeo (c) Perez ut impleat pontificales actus in locis ipsius ordinis, et quod propterea concedat nominationem perpetuo ecclesiae tunisensis Philippo Regi, et quod tunisensis episcopus sit perpetuo suffraganeus in locis s. Iacobi de Spata etc.

Domino card. Augustano, Priori Montis Politiani (1), Pisarum, et Varmiensi placuit.

Card. de Gambara dixit quod non fiat perpetua huiusmodi unio et deputatio ecclesiae tunisensis pro locis s. Iacobi; sed haec ad vitam istius tantum, et quod is non exerceat pontificalia nisi in locis, quae non subsunt alicui ordinario; in aliis autem non. Gesualdus et alii idem, quod et alii probaverunt.

Card. Ursinus vero dixit, non decere dari huiusmodi suffraganeum, cum solum cardinalibus et quibusdam principibus praelatis ordinariis sit concessum; cui Sanctissimus respondit.

Card. Sanctae Crucis dixit quaedam, quae non audivi.

Card. Boncompagnus probavit ecclesiae tunisensis praesentem provisionem; idem alii.

Alciatus limitavit ut non exerceat pontificalia, nisi in locis ordinis tantum, exemptis ab ordinario. Idem alii etc.

Card. Sanctae Severinae dixit: " Probo provisionem ecclesiae tunisensis, non quae tunisensis autem carthaginiensis (d) dicatur; haec enim ab ea diversa est, et tunisensis ecclesia vetus est iuxta ecclesiasticas et profanas (e) historias; illa metropolitana, haec suffraganea „. Et respondentibus Pacheco (f) et ab Ecclesia, idem replicavit: " et quod episcopus

(a) Sancta Crucius — (b) Pacechus — (c) Bartholomeo — (d) Carthagineusis — (e) prophanas — (f) Pacecho.

(1) Il card. Giovanni Ricci dichiarato nel 1561 da Pio IV primo amministratore del vescovado di Montepulciano, sino allora semplice prepositura.

non exerceat pontificalia, nisi in locis ipsius ordinis, quae sunt nullius dioecesis iuxta reverendissimum dominum meum de Gambara, non autem in aliis etiam exemptis existentibus in aliena dioecesi, ampliata limitatione domini mei Alciati „; cui Papa id esse facturum et strictius, respondit.

Caesius (a) cum reverendissimo domino relatore, sicut et alii.

Albanus improbavit erectionem et pluralitatem ecclesiarum et episcoporum; cui Sanctissimus Dominus Noster satisfecit id fieri, quia cum episcopi hispani magnas et amplas [**18**v] habeant dioeceses vix suas visitare, et pontificalia in eis, et sacramentum Confirmationis conferre possint vel curent; unde tanto magis alienas provincias et terras negligunt, et ideo spectat ad Sanctam Romanam Ecclesiam dispensatio curae et provisio ecclesiarum et animarum etc.

Constitutum ergo est ipsum in locis tantum ordinis (b) posse pontificalia exercere, interdicto sibi usu extra dicta loca, et id quamdiu liceat ad ecclesiam tunisensem redire, Deo volente. Sed tamen, instante Pacheco (c), concessit ut possit, vocatus et invitatus, accedere ad consecrationem episcoporum, sed alia nequaquam; etiam replicante Albano, negavit, quod ageret cursorem, non episcopum; quia quotidie a negligentibus episcopis vocaretur.

Fuit etiam tractatum ut episcopus non subesset priori, vel non decere. Sanctissimus dixit non referre cum sit ipse tantum suffraganeus in pontificalibus, iurisdictio autem spectet ad priorem, vel vicarium generalem, ut etiam moris est, ubi est vicarius generalis, et suffraganeus in pontificalibus.

Deinde idem card. Pachecus (d) proposuit ecclesiam carthaginiensem (e) in Indiis dicens causam resignationis esse, quia non videt proficere ibi, et non esse acceptum populis, dixit Papa, propter Hispanos, innuens eorum saevitiam et immanitatem, qua in eos utuntur, non illorum populorum culpa et ideo cogi resignare etc. Omnes transierunt cum domino relatore.

Card. Sanctae Severinae dixit: " De causa resignationis me remitto „; quod dixit propter ambitionem et avaritiam eorum, qui facti episcopi in Indiis, ubi impleti sunt, desertores fiunt ecclesiarum, quia quae sua sunt quaerunt; placet tamen provisio.

Card. Aldobrandinus dixit tenues esse redditus qui suae dignitati sustentandae reliquuntur. Caeteri pertransierunt.

Dixit Sanctissimus velle, ut fideiuberet suum patrimonium non alienare; quo se sustentet.

Card. Pachecus (f), Gambara, Cervantes, et alii dixerunt ipsum non indigere, quia habet; nemo enim ex Indiis pauper redit, et habere fratrem germanum episcopum pacensem.

Sanctissimus admisit resignationem, et providit.

(a) Coesius — (b) Non bene il Corsin. ha « ordinariis » — (c) Pacecho — (d) Pacechus — (e) Carthaginensem — (f) Pacechus.

Idem card. Pachecus (a) proposuit ecclesiam hispalensem etc. mirifice laudato homine, etc. et quia non erat praeconizata, fuit, Sanctissimo consentiente, ad eius instantiam in eo loco promota, et omnes transierunt cum domino relatore.

Card. de Gambara idem. Quo tamen ad defectum natalium dixit alias fuisse [19] dubitatum sub Pio IV in hoc sacro loco, an semel dispensatus rursus indigeret alia dispensatione propter Concilium Tridentinum (1) et fuit resolutum, quod non; tamen quod de novo dispensaretur, et sic existimat cum eo esse dispensandum.

Card. Cribellus laudavit personam, ut sibi notam, sic et alii.

Card. ab Ecclesia dixit: " Semel dispensatus non indiget alia dispensatione, et ideo placet; si tamen de novo esset dispensandus, non mihi displiceret ". Idem et alii.

Card. Sanctae Severinae dixit: " Non possum probare frequentem istam mutationem episcopatuum; haec autem est quarta translatio; provisio tamen placet, et censeo de novo cum eodem esse dispensandum, quatenus opus sit, propter personae benemerita, iuxta illustrissimum dominum meum relatorem.

Card. Iustinianus laudavit personam, ut sibi in curia notam, et cum domino relatore.

Sanctissimus D. N. circa translationem ponderavit ruinam ecclesiarum et domorum episcopalium in Hispania. Negavit Pachecus (b); et replicanti Sanctissimo, si iste domos aliorum episcopatuum bene instauratas haberet et aedificatas, ipse et card. Iustinianus attestati sunt, quod sic etc.

Igitur provisum est ecclesiae, de illo facta translatione ab ecclesia cordubensi cum pensionibus antiquis, et etiam alia 200 ducatorum in favorem cuiusdam Didaci, omnibus non excedentibus tertiam partem etc.

Card. Ursinus proposuit ecclesiam aptensem, vacantem per resignationem in Provincia, et omnes transierunt. Solus card. Sanctae Severinae dixit: " Cum causa renuntiationis dicatur rationabilis propter gravem infirmitatem, placet resignatio, et provisio ". Idem caeteri, et sic fuit expedita.

Idem card. Ursinus aliam ecclesiam titularem proposuit, sed quia non erat praeconizata Sanctissimus noluit, et fuit dictum ab omnibus quod praeconizaretur etiam titularis, cum ipse diceret, quod titularis non videbatur praeconizandus, ex eo quod de vita et moribus esset cognoscendum pro ecclesia constantiensi in Gallia.

Idem card. Ursinus praeconizavit aliam ecclesiam in Galliis.

Card. Alciatus praeconizavit aliam ecclesiam in novi Orbis partibus de iure patronatus regis Portugalliae agrensem.

(a) Pacecho — (b) Pacechus.

(1) Sess. XXII, c. 2, de reformatione.

Idem aliam titularem pro suffraganeo archiepiscopi traiectensis in Gallia Belgica.

Idem unionem ecclesiae sithiensis (a) et hierapetrensis in Candia.

Card. Sanctae Severinae praeconizavit provisionem ecclesiae metropolitanae surrentinae de persona r. d. Laelii Brancatii presbyteri (b) et patritii neapolitani [**19**v] et provisionem ecclesiae Montis Marani de persona r. d. M. Antonii Alferii (c) utriusque iuris doctoris et presbyteri (d) beneventani (1).

1571
25 maii

Die 25 maii, feria 6, 1571.

Fuit consistorium secretum, primum in sala magna de more aestivi temporis, in quo Sanctissimus D. N. egit, et dixit de foedere divina gratia concluso inter clarissimum eius filium Regem Catholicum, et Illustrissimum Dominium Venetum, et Sanctitatem Suam; et quod desuper sunt conficiendae debitae cautelae atque instrumenta et obligationes bonorum. Cum ipse nulla habeat bona, nisi quae Ecclesiae sunt, oportet illas facere de consensu et consilio venerabilium fratrum, sperans et rogans Deum, ut per hoc foedus ineundum communis hostis, immanissimus Turcarum tyrannus reprimatur, cuius potentia et crudelitate regna atque provinciae invasa et capta sunt atque direpta, fideles occisi, vel in captivitatem obducti, ecclesiae destructae etc. quia principaliter intendunt evertere religionem christianam, etc. Et quia relictus est locus aliis regibus et principibus, intendit mittere legatos ad regem Romanorum electum imperatorem, ad Christianissimum regem Galliarum, ad regem Poloniae et alios reges, invitaturus eos contra communem et christiani nominis hostem; et quamvis a seipsis id facere deberent, nihilominus ipse vult eos hortari, rogare, obsecrare et instare opportune et importune atque etiam praecipere. Quod si ipsi conveniant in commune bonum christianae reipublicae, bene quidem; sin autem minime, Sanctitas Sua erit excusata omni populo christiano, quod fecerit quod ad se spectaverit.

De personis autem mittendis, tractabit in alio consistorio, et alia multa in hanc sententiam dixit quae non audivi, rogans Patres si placeret etc.

Card. Tridentinus, episcopus Portuensis, cum esset caput Ordinis sui, laudavit propositum Sanctitatis Suae atque mirifice commendavit labores, pietatem et prudentiam Suae Sanctitatis in conficiendo hoc opere etc. atque sibi placere conclusionem et stipulationem nec non missionem legatorum ad reges et alios etiam principes christianos inferiores, et praesertim Italiae qui essent invitandi; imo censuit etiam

(a) Scythiensis — (b) presbiteri — (c) Alpherii — (d) presbiteri.

(1) Secondo questo passo va corretto l'Ughelli, 8, 342, n. 25 che anticipa di un anno la nomina dell' Alferi, ponendola al 20 maggio 1570.

mittendum esse ad principes rebelles, et inobedientes huic Sanctae Sedi, id est haereticos, ut quaque via invitarentur ad pacem atque concordiam, et alia multa dixit, quae non audivi, et gratias agendas esse Deo pro tanta gratia.

Card. Augustanus probavit sententiam Sanctitatis Suae et gratias egit. Sed verba non fuerunt ab omnibus audita, et de Deo gratiis reddendis etc.

[20] Card. Farnesius probavit obligationem bonorum et missionem legatorum, sed ad principes tantum christianos, laudans et gratias agens, asserens rogandum esse Deum pro diuturna Suae Sanctitatis incolumitate atque felicitate.

Card. Pisarum gratias egit, laudans Sanctitatem Suam de laboribus et patientia propter ea susceptis, et probans sententiam suam, et Deo gratias esse agendas.

Sic card. Sabellus et Cornelius paucis verbis etc.

Card. Pachecus (a) in idem de gratiarum actione et oratione pro salute Papae, et probavit sententiam etc.

Card. Amulius in idem, sumens thema ex Apostolo: " Omnis anima subdita sit potestatibus, et qui potestati resistit Dei ordinationi resistit " (1) etc.

Card. Gambara similiter omnia collaudavit atque probavit; sed quod legati mittantur ad reges, et (b) ad inferiores principes alii praelati etc.

Card. Gesualdus submurmuravit, nescio quae, sub lingua, quae non audivi, et credo in idem.

Card. de Sermoneta in idem, probans stipulationem et missionem legatorum.

Card. de Aragona, similiter sub lingua, nescio quae submurmuravit, credo in idem.

Card. Columna in idem, laudans Summi Pontificis diligentiam, prudentiam, et probans etc.

Card. Sanctae Crucis plura in idem, probans omnia etc.

Card. Ursinus quaedam in idem probans etc.

Card. Cribellus pauca quaedam in laudem Papae et approbationem propositorum etc.

Card. Lomellinus aliqua in idem similiter.

Card. Sirletus plura alia in eam sententiam, et de missione legatorum, et de omni conatu adhibendo in coniungendis istis principibus, et eis invitandis pro precibus et obsecrationibus et praeceptis atque poenis etc. ut saltem sit excusationi omni populo christiano, ut Sua Sanctitas dixerat.

Cardinalis Alexandrinus et Alciatus quaedam pauca in idem.

Card. ab Ecclesia dixit simpliciter: " Omnia mihi placent ".

(a) Pacechus — (b) sed.

(1) Cita a memoria dall'Epistola ai Romani 13, 1-2.

Card. Maffaeus (a) laudavit Summi Pontificis industriam in conficiendo hoc opere, et probavit omnia.

Card. Cervantes dixit, placere sibi omnia dicta a Sanctitate Sua, veluti angelico ore proposita.

Card. Sanctae Severinae dixit: " Placet confectio instrumentorum tam sanctissimi foederis; placet etiam consilium de legatis mictendis, sed iuxta distinctionem reverendissimi domini mei card. de Gambara, ut legati ad reges, inferioris vero gradus personae, vel praelati, ad alios principes. Caeterum summae et immortales gratiae Deo habendae sunt, et Sanctitati Vestrae, quae pro singulari sua prudentia atque sollicitudine opus tamdiu ab universa republica christiana exoptatissimum confecit " etc.

[20v] Card. Caesius (b) laudavit Sanctitatem Suam in suscepto hoc opere, commendans de laboribus, patientia etc. et probavit omnia.

Card. Rambulliettus dixit sibi placere omnia.

Card. Theanensis dixit: " Placent omnia, sed quod legati non mittantur ad haereticos ".

Card. Montaltus idem, sed quod non mittantur legati ad haereticos propter anathema, ne involvantur catholici peccato eorum, et irascatur eis Deus, ut Iosue iratus est propter anathema Achan (c) (1).

Card. Placentinus probavit omnia, commendans Sanctitatis Suae pietatem atque prudentiam.

Card. Aldobrandinus idem, testans se scire Suae Sanctitatis zelum atque pietatem et optimam mentem.

Card. Iustinianus in idem pauca; suggerens esse mittendum ad Regem Portugalliae, de quo non est facta mentio, sed Sanctitas Sua dixit in primis ad eum mittendum esse.

Card. Rusticuccius (d) tacite omnia etc.

Card. Albanus plura in idem, et Suae Sanctitatis commendationem.

Cardinales de Medicis et Acquaviva diaconi tacite omnia etc.

Tunc Sanctissimus D. N. egit de placando Deo et de cura adhibenda ut illum propitium (e) habeamus, et de agnoscendis nostris peccatis et culpis atque criminibus, et de vitae et morum emendatione, ut Deum Optimum Maximum propitium habere mereamur; et praesertim de proposito bene vivendi et deserendi malam viam, et de convertendis erratis in bona et pia opera, in orationes et poenitentiam, et de deplorandis excessibus, et divino auxilio implorando contra sui nominis hostem, qui ex nostris peccatis et culpis est effectus potentior. Non solum, ut alias, anno praeterito ordinavit fieri in ecclesiis urbis, et a nobis, ut rogetur Deus pro praesentibus necessitatibus, sed etiam ut spetialiter nunc ad eum conversi recurramus; ne dum divinam Maiestatem ad ira-

(a) Maffeus — (b) Coesius — (c) Achab — (d) Rusticutius — (e) propositum.

(1) Cf. Iosue, 7, 1.

cundiam provocamus, non solum non potiamur fructu huiusmodi foederis, sed etiam pereamus et perdamus reliqua ab immanissimis hostibus superati. Unde hortatus est cardinales ad emendationem vitae, ad sanctos mores instituendos, ad pia opera persequenda, ad aliis bonum exemplum dandum, et ad attrahendum et alliciendum et monendum familiares nostros, servitores et alios ad poenitentiam, et ad deploranda peccata, et ad implorandum divinum auxilium precibus, lacrymis (a), confessionibus, usu sacramentorum et aliis pietatis operibus; et fusius in haec locutus est.

Tum, inquit, ut Deo de concluso foedere gratias agamus et, ut effectum ipsius et executionem tribuat, rogemus eius divinam Bonitatem. Die dominica [21] erit Cappella in sancto Petro, ubi celebrabitur Missa; die lunae erit processio ad Sanctum Spiritum, ubi etiam Missa celebrabitur. Die mercurii erit processio ad s. Iacobum apostolum Hispanorum, veluti qui fuerit patronus et protector adversus huiusmodi infideles et Mahumetanos christianis saepissime. Die vero veneris a Minerva ad s. Marcum protectorem Venetorum; et cardinales possunt convenire in s. Maria supra Minervam, et hoc dierum ordine. Nam sabbato sequenti, cum sit vigilia Pentecostes, clerus esset impeditus propter fontium benedictionem, et alia etc. et dabitur iubilaeum et plenaria et amplissima indulgentia et facultas absolvendi ab omnibus casibus et commutandi vota religionis etc. dumtaxat exceptis de more etc.

Demum, pulsato tintinnabulo, accesserunt magistri caeremoniarum (b). Venit datarius (1) stipulaturus instrumentum foederis; ingressi sunt auditor Camerae, Patriarcha Alexandrinus (2), et gubernator Urbis Mons. Valens, et quidam alii ac familiares Sanctissimi; eius nepotes, Hieronymus (c) et Michael, Prosper Columna etc. ac magister Camerae et cubicularii secreti et assistentes et Caesar Glorierius secretarius apostolicus etc.

Intromissi autem sunt dominus Ioannes de Zuñiga (d) orator regis Catholici cum Antonio Barba secretario legationis.

Et ambo oratores veneti (3) cum eorum secretariis et filio senioris oratoris ac nobili veneto canonico paduano; quibus genuflexis ante Sanctissimum, ex adverso datarius coepit legere prooemium, et loco Pii V dixit Pii 4 de anno Pontificatus etc. Tunc fecit Sanctissimus eos surgere, et secuta est stipulatio, altero secretario veneto copiam aliam habente et secreto legente, Sanctissimo D. N. iurante in pectore, card. Pacheco (e), ut Regis procuratore, itidem faciente; et tactis scripturis ora-

(a) lachrymis — (b) ceremoniarum — (c) Hieronimi — (d) Zuniga — (e) Pacecho.

(1) Antonio Antimo Marchesani di Città di Castello, eletto l'anno seguente vescovo della sua patria.

(2) Alessandro Riario, promosso da Gregorio XIII alla sacra porpora il 21 febraio 1578.

(3) Michele Soriano e Giovanni Soranzo.

tore regio et oratoribus venetis iurantibus in manibus magistri caeremoniarum; sed ego curavi ut iurarent in manibus suis, prout postea fecerunt, lectis mandatis. Deinde lecta sunt mandata, instantibus cardinalibus Caesio (a) et Aldobrandino (1); nam aliqui pro lectis habere volebant.

Quibus completis atque rogatis testibus, praedicti cardinales, Pacheeus (b) et oratores osculati sunt pedes Sanctissimi etc. respective. Et dimissum est consistorium quod duravit per tres horas (2).

1571
18 iunii

[21ᵛ] Die 18 iunii, feria 2, 1571.

Fuit consistorium in quo Sanctissimus D. N. post audientiam cardinalium proponentium proposuit causam mittendorum legatorum ad Imperatorem et regem Poloniae et ad regem Catholicum et regem Lusitaniae seu Portugalliae, scilicet pro foedere contra Turcas, et bello gerendo adversus eos.

Card. Tridentinus, portuensis episcopus (3) pro decano comprobavit; et quia ipse in praecedenti consistorio dixerat de mittendis legatis ad principes dyscolos (c) et invitandis haereticis etc. et hanc suam sententiam improbaverant aliqui ex reverendissimis dominis cardinalibus, nunc intendit assignare causas et rationes, quibus ad eam dicendam fuerat motus; et propter distantiam loci non intellexi omnia, sed paucissima quaedam, quorum summa haec erat.

Quod in sacra Scriptura non erat prohibitum uti opera infidelium in gerendo aliquo bello, et quod Machabei viri illi strenui miserunt legatos ad Romanos et Spartiatas, qui erant gentiles et infideles, et alias auctoritates sacrae Scripturae ex libro Regum adduxit (4). Unde non censet absurdum esse mitti nuntios et legatos etiam ad haereticos et schismaticos principes, et praesertim qui sunt Confessionis Augustanae, qui non sunt ita perversi, sicut sacramentarii et alii, ut comes Palatinus, et ad eos qui sunt dyscoli (d) vel schismatici, ut dux Moscovitarum, et quod ad istos possent mitti non in habitu et in pontificalibus, sed privatim, quia hoc esset occasio eos lucrifaciendi et reducendi et deveniendi ad aliquam concordiam cum eis; et quod ad Sanctitatem Suam pertinebat cura illorum salutis quam procurare debebat omni via et modo; et quod ex hoc veniebat ut, vel reducerentur ad unitatem fidei, vel destrui facilius possent. Nam aut nos erimus victores contra Turcas, et ipsi si pertinaces essent, possemus etiam eos debellare, aut si Turcae

(a) Coesio — (b) Pacechus — (c) discolos — (d) discholi.

(1) Corsiniano ha invece: Alexandrino.
(2) Questa relazione del concistoro dei 25 maggio fu pubblicata per intero dal Laderchi, *Annales* ad an. 1571, n. XVII, 401-404.
(3) Cristoforo Madrucci.
(4) Cf. 3 Reg. 20, 36, 42.

nos vincerent, et ipsi quoque perditi et caesi essent. Nam scriptum est: " Vindicabo me de inimicis meis cum inimicis meis " (1); et plura alia peroravit in hanc sententiam etc. et moderatus est priorem sententiam, ut invitarentur haeretici per legatos et per medium aliorum principum.

Cui Sanctissimus D. N. respondit, nullam concordiam vel pacem debere, nec posse esse inter nos et haereticos, et cum eis nullum foedus esse ineundum vel habendum. Nam et Iosaphat, rex iustus, a Propheta redargutus est, quod suppetias tulisset Achab regi Israelitarum impio. Illud autem de legatis missis a Iudeis ad Romanos et [22] Spartiatas fuit quia ipsi erant socii Romanorum; praeterquam quod verissimum sit deteriores esse haereticos Gentilibus etc., et quod sunt adeo perversi et obstinati, ut propemodum infideles sint; nam in multas perditissimas haereses devenerunt, traditi in reprobum sensum. Et quantum ad eos, qui sunt Confessionis Augustanae, Sanctitas Sua credit cum b. Augustino esse magis vitandos et periculosos, qui in aliquibus nobiscum conveniunt, ut in fide Trinitatis et similibus et in caeteris dissentiunt, quam qui in omnibus dissentiunt, veluti infideles, seu haeretici perditissimi, ut est Palatinus, sacramentarii impii trinitarii, et anabaptistae. Nam isti non tantum nocere possunt, cum ab omnibus vitentur, veluti qui impii et manifeste infideles existimantur; sed illi, qui in aliquibus sunt haeretici, plus nocere possunt, ex eo quod nobiscum in pluribus ritibus conveniant; et quod non curat eorum auxilium. Nam (ita dixit in praecedenti consistorio) potens est Deus salvare nos, ut in multis, ita in paucis, et quod si venirent in auxilium possent alios inficere contagione haeretica, et potius Deum irritaremus, quam placatum redderemus. Et plura alia dicta sunt; et idem cardinalis replicavit, cui etiam Sanctissimus respondit (2).

Card. Augustanus dixit plura, quae non audivi; et deinde quod consueverant Summi Pontifices in expeditione legatorum cogere aliquas congregationes seu deputationes cardinalium, praesertim eorum, qui erant de natione illa, ad cuius principes mittebantur legati, et quod fiebant instructiones et dabantur articuli tractandi secundum eorum iudicium, et quod per hoc non prohibebatur dare legatis spetiales et alias secretas instructiones.

Cui Sanctissimus iracunde respondit causam esse tam notam, scilicet suscipiendi belli contra Turcas et pro foedere ineundo inter Christianos principes, ut non esset opus illam tractare (a).

Replicavit cardinalis non de causa se dicere, sed de modo et de personis, quo et quibus et de mediis per quae haec cum illis principibus tractari oporteat etc.

(a) trattare.

(1) « Vindicabor de inimicis meis » Isai. 1, 24.

(2) Invece di quest' ultimo passo « *Et quod non curat..... Sanctissimus respondit* », il Laderchi, ad an. 1571, n. XLIII, p. 432, ha il seguente: « *Eo quod si venirent in auxilium, possent alios inficere contagione haeretica et potius Deum irritaremus quam placatum redderemus* ».

Card. Farnesius probavit causam legationis propter huiusmodi foedus; et dixit Sanctitatem Suam prudenter agere, et ita fieri consuevisse a maioribus, ut propter hanc causam legati mitterentur; et ita fecit Leo X et Paulus III etc. Sed quod ad principes catholicos mitterentur.

Card. Politianus pertransivit; Pisarum, S. Georgii (a) et Sabellus idem.

Card. Varmiensis (b) adeo submissa voce locutus est, ut percipi non potuerit, nisi a proximis. Sed videbatur dicere de non aspernandis aliis principibus germanis, et quod haeretici et alii essent invitandi, et quod ipse Summus [22ᵛ] Pontifex teneretur illorum salutem et reconciliationem procurare; et alia id genus similia exemplo Apostoli dicentis, " factus sum omnibus omnia, ut omnes lucrifaciam „ (1) etc.

Cui Sanctissimus D. N. respondit ut supra. Et eidem cardinali replicanti super his, et plura disserenti, et quod saltem ageret cum eis per medium catholicorum, et ut invitarentur catholici principes, et dux Bavariae; et quod dux Bavariae et Imperator possent (c) tractare cum praedictis principibus haereticis et agere ad eorum conversionem, occasione huius belli et foederis, Sanctitas Sua respondit hoc mandare ut legatus ad Caesarem agat cum principibus catholicis et cum Imperatore et duce pro eorum conversione procuranda; sed non cum iis, qui et perditi sunt etc.

Card. Pachecus (d), quod legati mittantur ad principes catholicos et non ad haereticos, nisi esset spes eorum conversionis.

Card. Gambara laudavit omnia dicta a Sanctitate Sua, et fere omnes iverunt in eandem sententiam, ut mittantur legati ad principes catholicos.

Card. Sirletus plura in idem, et auctoritate et exemplis.

Card. Sanctae Severinae dixit: " Placent omnia dicta per Sanctitatem Vestram, et quod legati ad principes tantum catholicos mittantur. Nam cum infidelibus foedus iniri, coniunctiones et amicitias et affinitates contrahi non solum humanis legibus, verum etiam divino iure prohibitum est, ut saepius legere est in Pentatheuco, quod non solum de infidelibus et gentilibus, sed etiam de haereticis et schismaticis cautum esse censeo. Ubi, " recedite, inquit, a tabernaculis eorum, scilicet Chore, et Abiron rebellantium Dei sacerdotes, ne simul eorum iniquitatibus involvamini „ (2). Quae verba etiam apostolus Paulus repetiit: " Quae enim

(a) Giorgij — (b) Vuarmiensis — (c) posset — (d) Pacechus.

(1) Il Laderchi, l. c., riportando testualmente la relazione di questo concistorio pubblicò solo: *Card. Augustanus dixit plura quae non audivi etc.* L' osservazioni fatte dal Cardinale, la risposta concitata del Pontefice fu dall'annalista omessa. Egli indicò solo l'omissione con quel semplice *etc.*, lasciando così dubbioso chi legge se l'*eccetera* provenga dal Santori, che spesso l'usa, ovvero dall'editore.

(2) Citazione a senso dai *Num.* 16, 26.

conventio lucis ad tenebras, et Christi ad Belial? „ (1), ut idem inquit. Quod etiam pluribus posset exemplis confirmari, nedum redargutione Iosaphat, quod tulisset auxilium impio regi: sed illud quod Heraclius imperator, dum catholicus et pius esset, exemplo ostendit et docuit. Nam accersitis auxiliis Turcarum victoria potiri nequivit, nisi illis abeuntibus, cum adversus Persas plena victoria potitus est; unde dixit: Deum christianis suis reservasse victoriam, et nolle cum eis infidelium auxilium, ut nomini suo, et non humanis auxiliis, victoria tribuatur „.

Card. Caesius (a) dixit: " In praeterito consistorio actum est de causa, et de legatis mittendis, nunc non restat nisi ut personae designentur „. Idem caeteri. Card. Montaltus improbans sententiam cardinalis Tridentini docuit ex sacra Scriptura et sacris canonibus cum haereticis non esse ineunda foedera, nec matrimonia, neque amicitias etc. Idem et caeteri.

[23] Card. Albanus nescio quae de foedere cum haereticis; ita et diaconi per nutum.

Hoc acto, Sanctissimus D. N. proposuit cardinalem Commendonum (b) pro legato ad Imperatorem, et Regem Poloniae etc.

Card. Tridentinus probavit, et quod cum eo sit expediens mittere aliquem de natione, ut auditorem Rotae Gropperium; nam alias cum legato destinato in Germaniam mittebatur aliquis de natione, qui esset in curia et auditor.

Sanctissimus D. N. dixit quod Commendonus (c) legatus non indiget, et ipse replicavit etc.

Card. Augustanus idem etc.

Card. Farnesius idem, et quod posset mitti dictus auditor, quia vere consueverunt mitti, et alias missi sunt huiusmodi.

Politianus idem etc.

Pisarum idem, probans personam; et omnes per placet idem dixerunt.

Tunc Sanctissimus D. N. deputavit cardinalem Commendonum (d), absentem, legatum de latere ad Imperatorem et ad Regem Poloniae et alios catholicos principes cum facultatibus etc.

Deinde mandavit exire foras cardinalem Alexandrinum; et, eo egresso de camera consistorii, dixit se destinasse et velle mittere cardinalem Alexandrinum eius nepotem ad Regem Philippum catholicum et Regem Lusitaniae; et Deus testis, quod hoc non agit nisi pro publica causa, quamvis aliqui possint alias interpretari etc.

Card. Tridentinus probavit et laudavit.

Ita Card. Augustanus, Farnesius, et caeteri in idem per placet, vel idem, praeter Cardinalem Sirletum qui collaudavit etc.

(a) Coesius — (b) Comendonum — (c) Comendonus — (d) Comendonum.

(1) Anche qui cita a memoria dalla II Cor. 6, 14-15.

Card. Sanctae Severinae, non ferens tacite et sine laude legationem huiusmodi committi in cardinalem Alexandrinum nepotem suum, dixit: " Quod Sanctitas Vestra illustrissimum et reverendissimum dominum meum singularem cardinalem Alexandrinum tam maximo munere legationis ornare dignatur, gratias ago Sanctitati Vestrae ingentes et immortales, certo sperans, quod eius opere Vestrae Beatitudinis expectationem non fallet. Iamdiu enim agnovi illius animi candorem et vitae innocentiam; et ad commune bonum pia vota ac perspectissimam habet probitatem et integritatem, quod citra adulationem omnem dictum velim: caeterum est, ut illi incolumitatem, felices successus, rem confectam et celerem redditum; Sanctitati autem Vestrae diuturnam vitam omnes deprecemur ".

Card. Caesius (a) collaudavit, et quod videntes principes Sanctitatem Suam mittere nepotem suum charissimum, et tam alieno tempore, cognoscent desiderium Sanctitatis Vestrae pro bono publico: unde gratias egit. Caeteri idem.

Card. quoque Aldobrandinus gratias egit Sanctitati Suae, et hoc idem Albanus qui collaudavit. Et, quia erant alia peragenda et proponendae ecclesiae, Sanctissimus D. N. fecit intromitti Alexandrinum, sed distulit deputationem in fine consistorii, et sic dixit: " Ad propositiones " (1).

[23v] Tunc card. Farnesius petiit pallium pro Archiepiscopo panormitano (2), et, pulsato campanello, fuerunt per caeremoniarum magistrum introducti advocati et procuratores, et Alexander Ferrus advocatus petiit pro ecclesia cameracensi et illius archiepiscopo Ludovico (3) pallium, nomine Desiderii Colin substituti datarii procuratoris.

N....... Gabriellius (4) postulavit pro Archiepiscopo panormitano, procuratoris eius nomine, qui fuit dominus Io. Baptista Dionysius auditor cardinalis Farnesii. Quibus egressis, fuit deventum ad vota, et omnes per placet usque ad cardinalem Boncompagnum qui dixit animadvertendum esse non consuevisse dari pallium, nisi litteris confectis, et quod cameracensis nondum expedierat.

Farnesius et caeteri idem confirmarunt; et dixit Farnesius verum esse quod litterae nondum expeditae fuerant, sed detinebantur in cancellaria apostolica; et sic orta est controversia super hoc; nam ab omnibus affirmabatur non esse concedendum, nisi litteris confeptis.

Card. ab Ecclesia explicavit causam differentiae, scilicet quod officiales volebant ut in litteris provisionis ecclesiae exprimeretur unio fac-

(a) Coesius.

(1) Il passo che segue intorno la proposizione delle chiese non fu edito dal Laderchi, l. c. p. 433, che ripigliò la narrazione al § *Deinde Sanctitas Sua* sino alla fine.
(2) Giacomo Lomellino del Campo.
(3) Ludovico de Berlaymont.
(4) Gli *Acta* ufficiali omettono non pure il prenome, ma anche il cognome del postulante.

ta eidem de quodam monasterio cuius possessionem nondum adepta fuerat; nam monachi elegerant abbatem et impugnabant unionem, unde causa pendebat in Rota; et, cum possessionem eius nondum esset adepta, non tenetur ad annatam.

Card. Caesius (a) dicebat contrarium, quod tenebatur.

Card. Sanctae Severinae dixit quod de stylo non tenetur ad annatam, nisi adepta possessione; sed datur cautio in cancellaria. Ita deinde card. ab Ecclesia et Alciatus dixerunt, et sic reditum est ad vota.

Card. Ursinus dixit: " Quidquid sit de hac expressione facienda, nihil ad hunc locum pertinet; solum nos debemus non concedere, nisi litteris confectis "; et sic fere omnes diximus ut concedatur, litteris tamen confectis; et sic Sanctissimus mandavit Simoncello, primo diacono, tradi panormitano, et litteris confectis quas ipsi videant, cameracense pallium.

Deinde idem Farnesius praeconizavit ecclesiam agrigentinam in Sicilia pro archiepiscopo tranensi [Io. Baptista] Ugeda (1), ad nominationem Regis.

Card. Columna praeconizavit ecclesiam rossoniensem titularem pro suffraganeo ecclesiae zagabriensis in Hungaria (b) ad instantiam Imperatoris.

Card. Ursinus proposuit ecclesiam mimatensem, et omnes transierunt usque ad Maffaeum (c), qui quoad retentionem monasterii dixit: " Cum retentione compatibilium, et non monasterii, quia est incompatibile ". Et dicentibus Caesio (d) et aliis, quod commenda non facit [**24**] incompatibilitatem, respondit: " Si non est incompatibile nihil expresse dicatur, sed tantum cum retentione compatibilium, et videbitis, si vacat ", et super hoc multa dicta sunt.

Card. Cervantes dixit: " Ego vellem, ut in cedulis, quando dicunt cum retentione compatibilium, ut exprimatur valor; nam haec retentio est contra Concilium Tridentinum *sess. 24. c. 17 de reform.*, ubi vult, ut unicum quisque beneficium; quod si ad eius sustentationem non sufficit, aliud habeat, et cum haec ecclesia sit opulenta, ut in cedula, non videtur aliorum concedenda retentio ".

Card. Sanctae Severinae, cum retentione compatibilium tantum.

Card. Caesius (e) cum domino relatore, et pro retentione, quia commenda non facit incompatibilitatem, et caeteri fere idem tacite.

Tunc Sanctissimus dixit, quod pluralitas beneficiorum in Gallia fuit causa multorum malorum, sed quod hodie, ne veniant in manus haereticorum et suspectorum, tolerabilius est ut unus catholicus plura habeat, et sic fecit provisionem.

Deinde idem Ursinus proposuit ecclesiam parisiensem in partibus infidelium pro suffraganeo episcopi constantiensis in Galliis, et omnes

(a) Coesius — (b) Ungaria — (c) Maffeum — (d) Coesio — (e) Coesius.

(1) Giambattista di Hojeda di Herrera spagnolo. Cf. Ughelli, 7, 912 n. 56.

usque ad card. Alciatum transierunt, dummodo quingentae librae, quae ei reservantur, faciant summam ducatorum auri de Camera ducentorum; et fuit dictum quod dicatur cum reservatione ducatorum ducentorum. Fuit etiam dubitatum de retentione archidiaconatus et canonicatus in ecclesia constantiensi; unde plerisque non placebat, quod esset canonicus et suffraganeus eiusdem ecclesiae; fuit dictum, quod non erat inconveniens in eadem ecclesia, ut a Pacheco (a); et Ursinus asseruit canonicatum et archidiaconatum esse unitos propter aliam difficultatem, quam Sanctissimus faciebat de duobus sub eodem tecto.

Card. autem Alciatus, et ab Ecclesia ostenderunt hanc provisionem non esse faciendam ullo pacto, quia ista ecclesia constantiensis non consuevit habere ab antiquo et immemorabili tempore suffraganeum, quod permitteret, alias non nisi cardinalibus licet habere. Nec obstat quod respondebat Ursinus, hunc praedefunctum episcopum porphyriensem (b) fuisse suffraganeum eiusdem ecclesiae; quia potuit esse propria auctoritate, et ut vagus, ad id ascitus ab episcopo constantiensi, et quod illa ecclesia non consueverit habere, sed quod persona id requisierit ex suis impedimentis, praesentia in curia et infirmitate, apparet ex memoriali transmisso: et isti duo domini vehementer institerunt, et quod debet docere habuisse suffraganeos a Sede Apostolica.

Unde promiscua contentio exorta est, et Farnesius et alii dixerunt, quod illa ecclesia potuit habere ratione personae alicuius cardinalis qui fuit episcopus constantiensis, ut ille card. Constantiensis, qui fecit palatium archipresbyteratus s. Petri [24v] tempore Nicolai V. Fuit a me responsum, suffraganeos concessos cardinalibus sub Leone X in Concilio Lateranensi (1), fuisse personale privilegium. Ita alii dixerunt, etiamsi propter cardinalem habuisset ecclesia suffraganeum non esse trahendum ad successores. Unde archiepiscopo hispalensi, antequam esset cardinalis, fuit denegatus suffraganeus; et reditum est ad vota.

Card. Maffaeus (c), quod non facit difficultatem de retentione archidiaconatus; sed quod debet constare illam ecclesiam consuevisse habere suffraganeum; unde cum non consueverit, non detur, quia hoc est dissolvere residentiam.

[Card.] Sanctae Severinae dixit: “ Si ecclesia consuevit habere ab antiquo, sum cum reverendissimo domino meo relatore, et cum retentione archidiaconatus et canonicatus, nec videantur (d) incompatibiles; quia multis in ecclesiis, etiam in Italia, archidiaconi et dignitates obtinentes sunt canonici, sed cum decreto duarum parochialium vacationis, ut in cedula.

(a) Pacecho — (b) Porphiriensem — (c) Maffeus — (d) *sic* pro *videntur?*

(1) Concilium Later. V. *Bulla reformationis curiae* § *Volumus etiam* in Acta CC. ed. Harduinus, 9, 1751.

“ Supervidendum esset an aliquas censuras et inhabilitates incurrerit ob huiusmodi duarum parochialium retentionem. Unum non omittam circa suffraganeos, quod, quando dicuntur dati vel creati episcopi titulares in partibus infidelium, non potest hoc esse nisi auctoritate Sedis Apostolicae, cum hoc aliis illicitum sit per constitutionem Clementis in Concilio Viennensi, *In plerisque; De electione in Clemen.* „ (1).

Card. Caesius (a) et caeteri fere omnes, quod non detur nisi consueverit habere.

Card. Albanus dixit, quod Sanctitas Sua posset mandare, ut videatur an consueverit habere, et sic potest resolvi; et ita Sanctissimus mandavit, ut videatur, et an a Sede Apostolica illi ecclesiae fuerit concessum.

Deinde idem cardinalis Ursinus proposuit dissolutionem ecclesiae oscensis ab ecclesia iaccensi (b) et erectionem ecclesiae oppidi barbastrensis in cathedralem cum dismembratione reddituum monasterii Montis Aragonum et s. Ioannis *della Pegna,* et oppidorum et locorum <et applicatione> et dignitatum, et canonicatuum erectione, et applicatione et aliis provisionibus, et augmento mensarum monasteriorum etc. ad supplicationem Regis Catholici, prout in suo rotulo per duas horas fere, iuxta appuntamenta inter nos habita. Ipse autem dominus cardinalis ad interrogationem Sanctissimi dixit, sibi et nobis aliis collegis (c) deputatis, Maffaeo (d), Cervantes, Sanctae Severinae et Montalto visum esse ita posse concedi et congrue fieri, prout etiam Sanctitati Suae retulimus in congregatione habita coram eo.

Card. Tridentinus laudavit bonam mentem Regis sui Catholici, sed quod non videbatur, ut illa monasteria destruerentur, sed quod possent reformari, et tentari eorum reformatio per multas vias etiam mittendo ab Urbe bonos religiosos, etc. et alia in hanc sententiam.

[25] Card. Augustanus dixit nescio quae.

Card. Farnesius dixit in huiusmodi negotiis consuevisse in hoc sacro loco in uno consistorio deputatos referre, et in alio récipi vota, et ideo bonum esset ipsos audiri prius; et ita Sanctissimus mandavit.

Maffaeus (e) dixit: “ Sum in omnibus, et per omnia cum reverendissimo domino relatore „. Cervantes idem, Sanctae Severinae dixit idem, “ sed quoad reservationem iuris super eisdem ecclesiis, sive patronatus sive praesentandi sive nominandi, Regi Catholico, illius tantum quod ostenderit sibi competere super monasteriis, et non alterius de novo, de quo doceat, et cum clausulis, et decretis apponendis in cedula iuxta appuntamenta inter nos, et coram Sanctitate Vestra habita. Non taceo tamen propter illustrissimum dominum meum Tridentinum, quod monasteria

(a) Coesius — (b) Iacensi — (c) colleghis — (d) Maffeo — (e) Maffeus.

(1) Clementinarum lib. 1, tit. III, c. 5.

huiusmodi non deseruntur, nec omnino conventus tolluntur, sed detrahitur de redditibus mensarum abbatialium, et augentur mensae s. Victoriani et s. Ioannis *della Penna,* et quod erat mensae Montis Aragonum in particularium proprietate, partim applicatur, partim relinquitur mensae eorum, qui reponendi sunt, regularis observantiae eiusdem ordinis „ etc.

Card. Montaltus (a) fere idem.

Sanctissimus interrogavit si erat consensus episcopi. Fuit per Ursinum et me dictum esse consensum episcopi oscensis, et abbatis Montis Aragonum, sed duorum aliorum monasteriorum abbatiae vacant; solum non est consensus episcopi ilerdensis a quo pars dioecesis aufertur; sed isti domini pro Rege agentes sunt contenti ut apponatur de consensu.

Tunc Farnesius remisit se deputatis, et alii idem, et nostrae conscientiae. Gambara dixit, maiores nostros admodum advertisse ne etiam propter amplitudinem dioecesis in Hispania episcopatus dividerentur etc.

Card. Sanctae Crucis dixit, hoc negotium alias sibi a Sanctitate Sua et cardinali Sancti Clementis (1) etc. commissum, et tunc non bene visum etc.

Card. Boncompagnus cum domino relatore. Alii [cum] dominis deputatis et eorum conscientiae usque ad Alciatum, qui dixit sibi alias et collegis commissum negotium, et invenisse multas difficultates, quibus modo nescit quomodo sit satisfactum etc. Idem card. ab Ecclesia et quod non probat reservationem iurispatronatus Regi etc.

Card. Caesius, quod rotulus fuit nimis longus, et quod propterea non audivit.

Alii cum deputatis. Card. Placentinus redegit omnia in quinque capita et improbavit applicationem faciendam universitati et collegiis etc. Item reservationem, quod nullo modo Regi competit. Item suppressionem beneficiorum pertinentium ad Sedem Apostolicam. Item mutationem dignitatum, ut praeceptoriae in cantoriam etc.

Aldobrandinus et Albanus nescio quae de iure patronatus.

[**25**v.] Tunc Sanctissimus D. N. dedit rationem totius huius negotii, et qualiter erat actum etiam tempore sui praedecessoris, et quod Rex sibi institerat, et quod commisit nuntio Suae Santitatis, et quod deinde commiserat etc.

Unde fecit separationem ecclesiae iaccensis (b) ab oscensi et oppidi barbastrensis ab oscensi, et erexit in cathedralem cum erectionibus, dismembrationibus, applicationibus etc. ut in cedula, quam dixit ei card. Ursinus se prius ostensurum. Idem card. Ursinus praeconizavit ecclesiam satrianensem (c), et campaniensem.

(a) Montalti — (b) Iacensis — (c) Satrialnensem.

(1) Giannatonio Capizucchi.

Item ecclesiam Acerrarum in personam Scipionis Stabdiani nominati a Rege (voluit dicere Salernitani) (1).

Deinde Sanctitas Sua deputavit et fecit cardinalem Alexandrinum de latere legatum ad regem Catholicum et Lusitaniae regem cum facultatibus et auctoritatibus, iuxta tamen reformationem Concilii Tridentini; et ipse osculatus est pedes etc. et eidem tradidit crucem cum precibus, et deinde venit ad oscula cardinalium. Tum, Papa abeunte, venimus in regiam aulam, ubi de more card. Alexandrinus salutavit omnes et nos singuli salutavimus eum.

(1) Il vescovo nominato per la sede di Acerra fu infatti Scipione da Salerno, patrizio napoletano. Cf. Ughelli, 6,221, n. 31.

(Continua)

P. Tacchi Venturi S. I.

INDICE DEL VOLUME

(ANNO XXIII — 1902)

IMPRIMATUR

Fr. Albertus Lepidi O. P. S. Pal. Ap. Magister.

IMPRIMATUR

Iosephus Ceppetelli Archiep. Myren. Vicesgerens.